

II. ESCRITOS Y ARTICULOS DE ALVARO NAVAJAS

Cuadernos de Sección. Derecho 8. (1993) p. 131-277
I.S.B.N.: 84-87471-52-8
Donostia: Eusko Ikaskuntza

Palabras de Presentación de la Tesis Doctoral.....	135
Organización jurídica de la familia campesina guipuzcoana.....	139
El Derecho Guipuzcoano.....	149
Reintegración Foral. Carta del 19 de agosto de 1976 al Director de El Diario Vasco.....	157
Reforma de la compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya..... y Alava. Institucionalización del Derecho Civil Vasco.....	165
El concepto del Derecho en el Fuero de San Sebastián.....	181
La Diputación de Guipúzcoa y el Derecho Civil. Años 1920-1930.....	189
Ambito territorial del Fuero y su posible ampliación.....	199
La actualización del Derecho Civil Vizcaíno: Una reflexión y un reto.....	219
El Espíritu del Derecho Civil Foral Vasco. (Inédito de 1987).....	235
Los Ordenamientos Jurídicos Civiles en Guipúzcoa. Pasado, presente y futuro.....	249
La representación territorial de los territorios históricos en la Comunidad Autónoma. Una digresión sobre el artículo 39 del Estatuto.....	263

PALABRAS DE PRESENTACION DE LA TESIS DOCTORAL

Biblioteca del Doctor Camino, 1975

El trabajo o estudio que hoy les presenta la Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones es un trabajo de investigación-histórica-jurídica que ha sido elaborada en la Facultad de Derecho de San Sebastián, en los departamentos de Historia del Derecho y Derecho Civil, con la colaboración de los Catedráticos don Gonzalo Martínez Díez, y don Vicente Guilarte Zapatero, Catedráticos de Historia del Derecho Español y Derecho Civil respectivamente, y, constituyó el tema de la Tesis Doctoral de su autor presentada en la Facultad de Derecho de Zaragoza ya que la naciente Facultad de Derecho de San Sebastián administrativamente no había llegado al ciclo del Doctorado y, en su consecuencia era imposible su lectura en la misma. La elección de la Facultad de Derecho de Zaragoza como lugar de lectura de la Tesis Doctoral se debió a que en la misma se encuentra desarrollando su actividad docente el también Catedrático de Derecho Civil don Luis Martín Ballester, gran jurista, y autor de numerosos trabajos de Derecho Foral Aragonés, y fundamentalmente de «La Casa en el Derecho Aragonés», que tiene una íntima conexión en cuanto a las instituciones del Derecho Aragonés que conforman la Casa y que en dicho trabajo se estudian con el tema o temas que alrededor del Caserío Vasco y especialmente del Guipuzcoano se estudian en él trabajos que hoy les presentamos. Esta similitud podríamos extender a otras regiones forales donde el Caserío, la Casa, es el centro de la vida agrícola y en donde las instituciones jurídicas se piensan, nacen y configuran para el mantenimiento indiviso de la misma y para la ordenación de las relaciones de los miembros que la componen, no solo para hoy sino también para el futuro. Así vemos instituciones jurídicas similares en Aragón, Galicia, Asturias, Vizcaya, Cataluña, Navarra, etc., pero donde tendrán un desarrollo jurídico más armónico y perfecto será en Aragón y allí fuimos en busca de la orientación y la luz necesaria para el logro de nuestro propósito.

Surge la idea guipuzcoana del estudio de las prácticas jurídicas consuetudinarias guipuzcoanas, como consecuencia de un doble motivo. En primer lugar, por una razón de carácter científico. Guipúzcoa se encuentra enmarcada por provincias que desde el punto de vista del Derecho Civil son forales, y, sin embargo ella no lo es.

¿Cual es la razón? Vizcaya, Alava y Navarra, tienen recogidas, en mayor o menor medida, sus particularidades jurídico civiles, referentes, fundamentalmente, al Derecho de Familia y sucesiones, con mayor o menor extensión en unas que en otras. Si Guipúzcoa ha sido una provincia con fuero hasta bien avanzado el siglo XIX, ¿Cual es la razón de que en el Fuero guipuzcoano no hubiera normas referentes al Derecho de Familia y de sucesiones, cuando sin embargo, hay normas de derecho civil relativas a la distancia de plantación de arbolado? La razón había que buscarla en la historia jurídica guipuzcoana y ésta fué una tarea que me impuse y he plasmado en el trabajo que les presentamos y a la que luego me referiré.

El segundo motivo que me impulsó al estudio del tema fué el reto que como abogado y jurista se me presentaba amenudo como consecuencia del desarrollo de mi actividad profe-

sional. El contacto con la realidad del derecho vivo la observación de la existencia de un fenómeno incardinado en un lugar concreto, el caserío, con unas prácticas jurídicas para el mantenimiento de su unidad en el presente y en el futuro, la actividad de sus miembros perfectamente reglada, llamaron mi atención porque chocaban con mi formación de civilista, pues en el Derecho que llamamos Común todas esas manifestaciones son extrañas, con sus normas sobre las legítimas, la colación de donaciones, etc. aunque, sin embargo ya veremos como en Guipúzcoa donde el Derecho Común rige desde siempre, se van a mantener las instituciones forales utilizando las propias normas del Derecho Civil o Común.

Pasaré ahora de una forma breve, para no cansar su atención, a desarrollar los tres puntos que he enunciado en este ya excesivamente largo prólogo.

1) He dicho que el trabajo que presenta la Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones es un trabajo de Investigación, y entiendo que lo es ya que se utiliza para su formación, no solo las fuentes bibliográficas, sino también fuentes archivísticas. Quiero señalar que se han consultado cientos de documentos y he aportado al trabajo solo una mínima parte de los consultados, en total 75 documentos, entre Donaciones, testamentos, capítulos matrimoniales, cartas de pago de legítimas, que se inician en el año 1.445 y terminan en la actualidad, procediendo del Archivo de Protocolos de Oñate y Tolosa, y también de los archivos privados, como son los de don Juan Manuel Zavala Alday, los del Ilmo Sr. Marques de Rocaverde, depositados en la Real Sociedad Vascongada de Amigos del País, y otros a los que hago referencia y cito en cada documento. Además, de los protocolos notariales, se ha examinado la documentación oficial de la Provincia relativa al tema, cartas de la Provincia al agente de la misma en la Corte, actas de las Juntas y sus acuerdos, Proyectos de la Provincia, dirigidos a una regulación del tema propuesto, etc., que también se aportan y constituyen exactamente 39 documentos.

Puede decirse que la mayor parte de la obra está compuesta de documentos que han sido transcritos, la mayor parte de ellos, en su integridad y he querido hacer esta aportación por un triple motivo. En primer lugar para justificar las afirmaciones que se hacen en el texto del trabajo. Cada afirmación tiene su correspondiente reflejo documental que el lector podrá cotejar.

En segundo lugar para demostrar que en nuestros abandonados archivos está la historia de nuestra provincia, y que la riqueza de su contenido es inmensa, siendo urgente una toma de posición para salvarlos de la total destrucción. Quiero señalar que muchas de las actas que he transcrito se encuentran escritas en papel totalmente deshecho, que no podía ni tocar por temor a que quedara pulverizado en la mano.

Por último, con el deseo de que la documentación que aporte pudiera servir a otro y otros investigadores para unos futuros trabajos.

He señalado antes cuales fueron los motivos que me determinaron a iniciar este trabajo y he dicho que eran dos.

1) ¿Cuál es la razón histórica por la que siendo Guipúzcoa una provincia con fuero propio, este no tenga normas de Derecho Civil?

El fenómeno a mi juicio tiene una explicación. En primer lugar hay que tener en cuenta, a la hora de enfrentarse con el tema, de que Guipúzcoa como entidad jurídica, como provincia, tiene un nacimiento tardío. A través de la Hermandad surgirá la Provincia, que se configura como tal al final del siglo XIV y principios del siglo XV. Para esas fechas se había producido la recepción del Derecho Romano en el Reino y, como Derecho erudito iba desplazando a los fueros locales, sirviendo al Rey legislador como vehículo de unidad no solo jurídica sino también política. En este sentido será fundamental el Fuero Real dado por Alfonso X el Sabio, co-

mo fuero local a diversas villas, entre ellas a Vitoria, ya que el fuero de Logroño que tenía la capital alavesa ere insuficiente, y, siendo, asimismo, el Fuero de Vitoria concedido a muchas villas guipuzcoanas, se irá introduciendo a través del Derecho de Vitoria el Fuero Real en la provincia, desplazando a la costumbre no escrita. Introducido el Fuero Real en la Provincia, tendrá su consagración definitiva como fuente del Derecho en virtud del Ordenamiento de Alcalá de 1.348 que unificará el Derecho en todo el Reino. A partir de entonces se aplicará el Derecho Civil General del reino en materia de Derecho Civil, pero no quedará desplazada, toda la costumbre, permanecerán aquellas costumbres relacionadas con la ordenación de la familia en el caserío. Sin embargo se me podrá argumentar que el mismo fenómeno se produce en Vizcaya y sin embargo tiene un Derecho Civil propio. Sin perjuicio de señalar que no se puede hacer una afirmación tajante de igualdad entre Vizcaya y Guipúzcoa, hay que reconocer que en el año 1.452 los vizcaínos obtienen la aprobación del llamado Fuero Viejo, en donde se contienen las normas de Derecho Civil que hoy todavía en cierta medida perduran en la compilación. Sin embargo, aunque en Guipúzcoa en el 1.555 hay un movimiento similar al de Vizcaya no obtiene resultado por la inactividad de las juntas al respecto que dejan el tema para cuando venga su magestad a estos reynos, esto es, las juntas perdieron la oportunidad, dándose cuenta de la necesidad de la regulación de la costumbre, un siglo después. Cuando la Provincia reacciona tratando de proteger la indivisión del patrimonio rural es ya tarde y todos los esfuerzos que se realizan chocan ante la intransigencia de los órganos públicos llamados a examinar las peticiones en este sentido de la provincia, que durante los siglos XVI, XVII y XVIII, tratará por todos los medios de alcanzar el reconocimiento de una normativa favorable a la indivisión de las casas, del patrimonio agrícola, sin conseguirlo reiterando esta petición en los años 1.920 a 1.930 con el mismo éxito.

2) Una vez fijado el límite de actuación legal del campesino guipuzcoano, sometido a una legislación que en principio puede calificarse de no favorecedora de sus seculares prácticas jurídicas de indivisión y ordenación del Caserío, salta a la vista del jurista, del abogado en ejercicio que, a pesar de todo ello, el campesino logra el mantenimiento de la indivisión del Caserío y regula u ordena las relaciones de las personas que conviven en ese entorno.

Lo curioso de ello es que, como ya dijera Alonso Martínez en las discusiones en el Senado para la redacción del Código Civil, precisamente la indivisión del Caserío Guipuzcoano se logra no enfrentándose con la ley, con el Código Civil, sino utilizándolo a través de las Donaciones propter nuptias, los capítulos matrimoniales, el testamento, etc., se logrará el propósito hoy de tratamiento más favorable en el Código Civil que en las legislaciones anteriores, y, serán los notarios los artífices de este fenómeno de hacer perdurar esas formas tradicionales de transmisión y ordenación, aunque no siempre con la facilidad y libertad que daría una normativa propia y adecuada a tal fin, como la existente en otros territorios forales.

Con ello, quiero señalar que no ha sido la ley la que ha causado o está causando la desaparición del caserío, sino otras causas ajenas a la ley aunque esta haya, en cierta medida, ante las dificultades que encierra, contribuido a facilitar esa desaparición ante una regulación no favorecedora de la indivisión.

¿Cuáles son esas prácticas jurídicas que hemos encontrado en el caserío guipuzcoano?

Hemos estudiado, en base a los documentos, las prácticas jurídicas desde 1.445 hasta la actualidad, y en el Caserío hemos encontrado las siguientes manifestaciones:

1) El heredamiento o institución de heredero hecha en contrato matrimonial. Aunque esta figura del heredamiento se encuentra un tanto desdibujada, como consecuencia de las prohibiciones legales, sin embargo se manifiesta a través de los capítulos matrimoniales, mediante la

donación propter nuptias. Aportamos ejemplos de ello a partir de 1.492. Esta sucesión o heredamiento se realiza utilizando los medios que la legislación común da y fundamentalmente a través de la mejora, que es una constante en los testamentos de los campesinos guipuzcoanos.

2) También se observa en la documentación que se aporta, la existencia de una Comunidad o Sociedad familiar, regulada de forma consuetudinaria. De esta forma se regulan mediante pactos plasmados en las capitulaciones matrimoniales las relaciones entre los miembros de la familia de una forma exhaustiva.

3) En dicha regulación se preven los supuestos de fallecimiento de cualquiera de los miembros de la familia, regulándose especialmente los derechos del cónyuge viudo, sea varón o hembra, de tal forma que la sociedad familiar continúa aunque fallezca uno de los miembros de la misma, continuando el cónyuge viudo en la misma situación que en vida de su consorte, siempre y cuando no contraiga nuevo matrimonio.

4) Como expresión de la unidad de la familia se manifiesta también en Guipúzcoa la institución del Consejo de Familia, de regulación consuetudinaria que también aparece, por razón de las prohibiciones legales, desdibujada, ante la necesidad de adaptarse a las exigencias legales. Así, en principio aparecerá el testamento por comisario, mediante el cual el testador facultaba a otro para que en su nombre otorgase el testamento y dispusiese de sus bienes. En este sentido en Guipúzcoa se va a facultar a los «parientes» a elegir entre los herederos al continuador de la casa. Estos parientes suplen la falta del padre. Sin embargo al limitarse el alcance del testamento por comisario por las Leyes de Toro se van a utilizar otras fórmulas para llegar al mismo resultado.

Hoy sin embargo es raro en Guipúzcoa la utilización del art. 831, pero quizá ello es debido a que el Código da una mayor facilidad que las legislaciones anteriores en el artículo 1.056-2º que permite al campesino titular de una explotación agrícola dejarla a su muerte en beneficio de uno de sus hijos, dando a cambio a los otros metálico en pago de sus derechos legitimarios.

Podía concluirse diciendo que en Guipúzcoa a través de las prácticas consuetudinarias que se hacen mención en este trabajo se logran parecidos resultados que en las llamadas regiones forales, al igual que en Asturias.

ORGANIZACION JURIDICA DE LA FAMILIA CAMPESINA GUIPUZCOANA

Conferencia en la Sociedad Cultural y Recreativa Arrate. Eibar. Junio 1975

Señoras y señores:

Quiero, en primer lugar, antes de pasar, a examinar el tema propuesto para esta conferencia, agradecer a la Sociedad Cultural y Recreativa Arrate, la deferencia que ha tenido conmigo al invitarme a ocupar esta tribuna y darme la oportunidad de exponerles a Vds. el fruto de mis investigaciones sobre un tema tan entrañable, como es el de la organización jurídica de la familia campesina guipuzcoana, tema que sirvió de base y desarrollo de mi tesis doctoral leída el 17 de julio de 1.972 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, y que luego se ha visto premiada con la publicación realizada recientemente por la Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones con la colaboración de la Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián, publicación que ha tenido una muy favorable acogida por la crítica especializada y por todos aquellos que de una forma u otra se sienten ligados a la historia de nuestra entrañable Guipúzcoa.

El estudio del tema es sugestivo en extremo, y cuando se profundiza en él se convierte en apasionante. El campesino guipuzcoano ha sido y creo que es uno de los principales protagonistas de nuestra historia, no solo económica y social, sino también jurídica. Precisamente por mi condición de jurista he enfocado el examen del tema en este aspecto, es decir, en el aspecto jurídico, por ello el título de la charla es el de «la organización jurídica de la familia campesina guipuzcoana>>. Y digo que el campesino guipuzcoano, el casero, ha sido el protagonista indiscutible de nuestra historia jurídica, y lo ha sido hasta tal punto que no podemos comprender su situación jurídica actual si no profundizamos y nos adentrarnos en el proceloso mar de nuestra historia jurídica.

Veámoslo.

Si Vds. observan atentamente verán que Guipúzcoa se encuentra enmarcada por provincias que desde el punto de vista del Derecho Civil son provincias forales. Guipúzcoa ha sido una provincia foral hasta mediados del siglo XIX, y sin embargo ese fuero nuestro no contenía ninguna norma, ninguna disposición de Derecho Civil salvo las referentes a las normas sobre plantación de arbolado, es decir, que en el Fuero Guipuzcoano no se hacía mención ni regulación alguna referente a la transmisión de la propiedad, al derecho de troncalidad, a la situación del cónyuge viudo, etc., normas todas ellas de Derecho Civil, a diferencia del Fuero de Vizcaya, de las Leyes Navarras, y Fueros de Ayala, en Alava. Ello resulta sorprendente si tenemos en cuenta que salvo Navarra, que tiene un carácter político-jurídico diferente hasta su incorporación a la unidad hispana, el resto de las provincias, Vizcaya y Alava, tienen una trayectoria política y jurídica idénticas a Guipúzcoa.

Creo, por tanto, que el primer problema con el que nos encontramos, es el de saber la causa o razón de dicho diferente tratamiento. Una vez que lo encontremos deberemos exami-

nar cual es la norma o normas legales que rigen en materia de Derecho Civil en Guipúzcoa y su incidencia en el campesino guipuzcoano, porque parece evidente que, a pesar de la existencia de una diferente regulación normativa en unas provincias respecto de la nuestra, los problemas básicos son los mismos y las soluciones dadas son así mismo idénticas, esto es, y ya lo decía Alonso Martínez en las discusiones en el Senado, sobre la redacción del Código Civil, «no existiendo en Guipúzcoa normas de derecho foral civil, sin embargo y en base a las normas castellanas, el campesino guipuzcoano mantiene indivisa su propiedad agrícola y regula sus relaciones familiares igual que aquellos que si tienen normas forales».

Pero, y examinando ya el primer punto de los propuestos, ¿cuál es la causa por la que siendo Guipúzcoa una provincia con fuero éste no alcance al Derecho Civil, y, por tanto el fuero Guipuzcoano no tenga recogidas normas de Derecho de familia y sucesiones?

La razón hay que buscarla como he dicho en la historia jurídica guipuzcoana y tiene una explicación clara pero cargada con un evidente matiz jurídico.

Guipúzcoa, como entidad jurídica, como Provincia, tiene un nacimiento tardío. Todavía en el siglo XII al XIV estamos en pleno proceso de fundación de las villas. En esta época la provincia no existía como ente jurídico, solo había unas villas desparramadas a lo largo y a lo ancho de la geografía guipuzcoana que tenían su vida y desarrollo independiente. Estas villas obtienen tal carácter y lo que ello importaba desde el punto de vista jurídico, a través del otorgamiento de un Fuero, como más adelante veremos. Pero, quiero insistir, ya que ello tiene una gran trascendencia para el estudio del tema que nos hemos propuesto, que Guipúzcoa, como ente jurídico, como Provincia, tiene un nacimiento tardío. Así, en el siglo XIV, en el año 1.397, se unían 25 villas y 3 alcaldías, formando La Hermandad de Guipuzcoa, en Guetaria, pero el cuaderno que de dicha Hermandad surge por su imperfección fué reformado en 1.457 y 1.463, y, es en esta fecha, avanzado ya, por tanto el siglo XV, cuando podemos decir que la provincia de Guipúzcoa existe. Del Cuaderno de Hermandad, surgirán las Juntas Provinciales que serán el órgano jurídico clave para el desarrollo de las leyes provinciales. Las juntas proponen al Rey una norma y este la aprueba o no. Pero también las juntas en base a un privilegio real, pueden no dar el pase foral a aquella ley que se oponga o contradiga una norma foral. Este es el gran valor de las juntas.

Pero obsérvese que en Cuaderno de Hermandad de 1.397, ni en las reformas posteriores de 1.457 y 1.463 se establecen norma alguna referente al Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones ¿Por qué? Tenemos ya constancia documental que en el siglo XV, el campesino guipuzcoano transmitía de forma indivisa a uno de sus hijos el caserío, y así mismo tenemos constancia de la forma en la que regulaban sus relaciones internas los ocupantes del Caserío. Si las comparamos con las formas de transmisión y de regulación que hoy se siguen, veremos que no se diferencian en nada.

Creo, entonces, que es de gran importancia encontrar la respuesta a la pregunta que vengo formulando. La respuesta es clara, está en la historia.

Al fundarse las villas en el territorio guipuzcoano, unas lo fueron conforme al llamado Fuero de San Sebastián en 1.180; según Lacarra, y otras conforme al Derecho de Vitoria.

Las villas fundadas al Fuero de San Sebastián, fueron: San Sebastián (1.180), Oyarzun y Fuenterrabia en 1.203, Guetaria y Motrico en 1.209; Zarauz en 1.237; Renteria en 1.320, Zumaya en 1.347, Usurbil en 1.371, y Orio en 1.379.

El fuero de San Sebastián, estaba dirigido a regular la vida de una población exótica, proveniente de Francia. Sus disposiciones o contenido provienen del Fuero de Estella que, a su vez tiene su origen en el de Jaca. Es decir, que el Fuero de San Sebastián no es producto

de la formación de la costumbre de la tierra, sino que es un elemento nuevo que, naturalmente no regulaba todas las situaciones jurídicas que la vida social planteaba.

El Fuero de San Sebastián, tiene muy pocas referencias a instituciones de Derecho Privado. Contiene estas instrucciones en los epígrafes de Marito, de homine mortuo y otras que no afectan a nuestro estudio. Lo importante y que merece destacarse del Fuero de San Sebastián es que recoge el «Donativum», o donación propter nuptias, la fealdat, o derecho de la viuda mientras permanezca en honestidad respecto a la familia del marido premuerto y la troncalidad.

Paralelamente otras villas guipuzcoanas son fundadas al llamado Derecho de Vitoria. Observarán Vds. que empleo el término Derecho de Vitoria y no Fuero. Ello tiene una explicación que hace que la utilización del término Derecho en vez de Fuero sea evidente.

En 1.191, Sancho el Sabio de Navarra, repobló Vitoria dándole un Fuero derivado del de Logroño, que era, según Martínez Marina «muy corto en leyes civiles», por lo que los vitorianos solicitaron en el siglo XIII de Alfonso X el Sabio les concediera el Fuero Real, como así sucedió. Por tanto el Derecho de Vitoria estaba contenido por el Fuero de Logroño y el Fuero Real.

Aquellas villas que en Guipúzcoa habían sido fundadas conforme al Fuero de Vitoria, disfrutarían del Derecho de Vitoria, es decir, del Fuero de Logroño y del Fuero Real. Estas villas eran: Tolosa en 1.256; Mondragon en 1.260; Vergara en 1.258; Villafranca en 1.268; Deva en 1.294; Azpeitia en 1.311; Elgueta en 1.335; Villarreal en 1.383; Elgoibar en 1.346. En este sentido dirá Lacarra que «Los pueblos a quienes se otorgaba el Derecho de Vitoria se entendía que disfrutaban también el de Logroño, ya que aquel no era más que una reducción o variante de este».

La introducción a través del Derecho de Vitoria en el Territorio guipuzcoano en las fechas indicadas, y, por tanto, antes de la formación jurídica de la provincia, del Fuero Real será fundamental para obtener la respuesta a la explicación que pedimos. El Fuero Real es Derecho erudito, estando basado en el texto latino del Liber Iudiciorum, siendo un texto técnicamente muy correcto que más tarde facilitará una ulterior y más total recepción del llamado Derecho comun y romano.

El Fuero de San Sebastian y el Fuero Real irán desplazando a la costumbre local y, luego, al ser más correcto el Fuero Real irá introduciéndose por obra y gracia del ordenamiento de Alcalá de 1.348 que establece a los Fueros como fuente supletoria, en todo el ámbito provincial, desplazando a la costumbre y fueros locales, todo ello como consecuencia de la inserción de la ley escrita que por su posibilidad de conocimiento y fijación se irá imponiendo a la costumbre invadiendo incluso las zonas donde no estaba reglada. Este desplazamiento de los derechos locales se realizará de forma paulatina y serán factores importantes que unificarán el Derecho aplicable en la provincia los escribanos y los órganos de decisión judicial, más propicios a la aplicación del Derecho erudito.

El Fuero Real, que tanta trascendencia va a tener en la provincia, tiene su origen en el año 1.252 y 1.255, desconociéndose su redactor. Dicho Fuero no se promulgó con carácter de norma general sino local, pero sin embargo va a ser un instrumento que el Rey Alfonso X el Sabio va a utilizar como arma de unidad jurídica, frente a la dispersión propia de la época, ya que no hay que olvidar que la unidad jurídica es el primer eslabón para alcanzar la unidad política.

De esta forma, introducido el Fuero Real en el territorio provincial y aplicándose por los escribanos y los órganos de decisión judicial por un lado, recién formada la provincia, se pierde la oportunidad a diferencia de Vizcaya de formar nuestra propia normativa civil, en materia de familia y sucesiones. ¿Por qué se pierde esa oportunidad? Como he dicho antes la explicación puede ser en un triple sentido. De todas formas quiero advertir que las afirmaciones que

ahora les hago hay que tomarlas con las naturales reservas y en espera de que se haga una investigación sobre este punto.

Una explicación puede estar en el hecho de que el cuaderno de Hermandad de 1.397, y las reformas posteriores se inspiraron fundamentalmente en el Fuero Real, especialmente en el carácter penal de dicho Fuero. Como he dicho antes, dicha norma, por su carácter erudito se entendía que era fundamental y además arraiga en la provincia a través de la introducción de dicho Fuero mediante el Derecho de Vitoria. Quizá, los redactores del cuaderno, más preocupados por solventar los problemas de orden público que afectaban a la existencia misma de la provincia no creyeron necesario el incluir en el cuaderno un tema ajeno a dicho orden público.

Otra explicación puede estar en que los rectores de las provincias preocupados con otros problemas de más importancia no alcanzaron a ver el interés que para la provincia podía tener la inclusión del caserío, imbuídos sin duda por la idea de que la costumbre podría afrontar ella misma su propia suerte, tal y como aparecía adaptada a la ley cayendo en el error de ignorar que la costumbre se vería desplazada y dificultada por la referida ley que no le era en absoluto favorecedora.

Por último y esta hipótesis habría que profundizarla más todavía, siendo necesario un estudio social de la composición de las partes derivadas de la Hermandad, cabe también la posibilidad de que surgida la Hermandad de la unión de las villas para defensa de las mismas frente al creciente poder de la aristocracia campesina, se tratará conscientemente de ignorar o dificultar cualquier norma o costumbre que supusiera el facilitar el mantenimiento de las grandes extensiones agrícolas en manos de uno o unos pocos y favorecer de esta forma la legislación disgregadora con toda la carga política que en aquella época ello podía importar. No hay que olvidar que en la Edad Media Guipuzcoana se produce una auténtica revolución urbana, reclamando para sí las villas el dominio de la provincia y plasmando dicho dominio en el Cuaderno de Hermandad y el destierro de la aristocracia campesina altamente belicosa en su oposición a dicho dominio urbano. Frente a esta postura, Vizcaya en 1.452, aprueba el Fuero Viejo, que significara la posibilidad del mantenimiento de la indivisión de las casas solares, No hay que olvidar que este fue en otros reinos de la península, Aragon por ejemplo, primero un privilegio exclusivo de la aristocracia, para luego con el transcurso del tiempo extenderse a todos los estados que componían la sociedad aragonesa. Queda, por tanto la hipótesis lanzada y pendiente de un estudio sereno y desapasionado.

Más adelante cuando la provincia quiera hacer algo, será muy tarde pues estaremos ya en pleno siglo XVI y habremos perdido la oportunidad de recoger nuestra propia concepción y expresión del derecho civil en un código de leyes y disposiciones nuestras que respetarán nuestra propia concepción jurídica de la vida. Sin embargo, y esto es lo realmente sorprendente, nos demuestra una vez más la razón que tenía Alonso Martínez al referirse al campesino guipuzcoano, cuando ponía de manifiesto que en nuestra provincia, la costumbre enraizada en la familia campesina prevalecerá frente a la ley en la esfera del derecho de familia y sucesiones, de tal forma que rigiendo en Guipúzcoa por las razones dichas la legislación general del Reino, sin embargo, el campesino guipuzcoano lograra los mismos resultados que el campesino vizcaíno, el navarro y el aragonés, transmitir de forma indivisa el patrimonio agrícola y establecer una regulación de las relaciones de los miembros que ocupan el caserío y que componen la familia similar a los de las provincias que tienen su propio Derecho Civil como Navarra, Vizcaya, Aragon, Cataluña y Alava, a pesar de las dificultades que la Ley general en la que está inmerso le oponen. Lograda la unidad jurídica del Reino con el ordenamiento de Alcalá de 1.348, la legislación posterior, Leyes de Toro de 1.505, Nueva y Novísima Recopilación y por último el Código Civil, se aplicarán en Guipuzcoa y, en todas ellas se establecerá la limitación

a la libertad testamentaria, obstáculo de gran trascendencia para obtener la posibilidad de transmisión indivisa del Caserío Guipuzcoano, así mismo, dicha legislación será enormemente dificultosa para la pervivencia en el país, la reversión troncal que siendo una constante durante siglos y ante las dificultades que encerrará su formulación desaparecerá en pleno siglo XIX.

Perdida la oportunidad de formación de nuestra propia legislación civil, a diferencia de Vizcaya que la formula en 1.452, por las razones antes dichas, la provincia toma, conciencia muy tarde de la importancia de la obtención de una normativa favorecedora de la libertad civil como la vizcaina. La actuación de las fuentes provinciales durante, los siglos XVI, XVII, XVIII y XIX irá dirigida a obtener sino una normativa ampliamente favorecedora si, al menos, parcialmente favorecedora de la transmisión indivisa del caserío, sin resultado favorable para la pretensión provincial. Bien es verdad que las juntas provinciales tampoco fueron muy diligentes en este empeño.

Quizá donde la provincia hizo mayor incapié fue en tratar de evitar los males mayores, conformándose con los menores. Veamos.

El año 1.534 se dictó una ley llamada, de Cortes de Madrid, que modificó parcialmente las Leyes de Toro de 1.505. Estas permitían la mejora en tercio y quinto por vía de dote, y casamiento a cualquiera de los hijos, fueran varones o hembras, a diferencia del Fuero Real. Sin embargo, la Ley de Cortes de Madrid de 1.534, prohibía la mejora en tercio y quinto por vía de dote y casamiento de las hijas, por los muchos abusos que esta práctica traía consigo, según reza la exposición de motivos de la referida ley. Con ello se daba otro golpe casi mortal a la práctica guipuzcoana de transmisión indivisa del caserío ya que esta estaba fundamentalmente basada, desde el punto de vista legal, en la posibilidad de dotar a las hijas para el matrimonio en tercio y quinto, como rezaban las leyes de Toro de 1.505. Al prohibir dotar a las hijas en tercio y quinto a costa de la mejora, se oponía un obstáculo insalvable. La dote era un elemento esencial para que las hijas tomaran estado matrimonial, Con la dote se ayudaba a la casa a la que se entraba a pagar las cargas derivadas de la misma ley, es decir, de las legítimas de los hermanos que eran excluidos en la sucesión del caserío. Por eso la provincia, aunque tarde tratará de que se derogue esa disposición de la Ley de Madrid de 1.534.

Así en 1.554, el licenciado Bereciartu, en las juntas de Segura de 1.554, de 16 de noviembre, formula la proposición según consta en el acta:

Que para la conservación de esta provincia se haga ordenanza conforme al Fuero de Vizcaya e Inglaterra e de otras partes que los padres puedan dar todos sus bienes raíces a uno de sus hijos con los cuales se hacen como de mayorazgos e la nobleza e hidalguía se autoriza y saldrán más naturales della a otras partes e se mostrarán e excusarán muchos pleitos.

La Junta acordó que se dejara para el día siguiente, pero no se volvió a tratar el tema, reiterándose en 1.555 en Azpeitia, donde se acordó que se espere a la venida de su Magestad para tratar de ella, pero lo cierto es que no se hizo nada, y el asunto se fué demorando hasta que ya no hubo remedio, como nos demuestra la inquietud de las Juntas manifestada en 1.587 con ocasión de un pleito ventilado por varios vecinos de Orio y aunque la provincia puso especial empeño en resolver la cuestión, no llegó a un resultado satisfactorio. Nuevamente se va a reiterar la petición en 1.625, 1.659, 1.671, 1.672, 1.673, 1.696, 1.712, 1.746, 1.747, y 1.758, por último en 1.841, sin resultado. Para no cansarles con citas innecesarias, les indicaré que el detalle de estos acuerdos y el resultado de las gestiones de la Provincia se encuentran recogidos en los anexos documentales de mi libro, la Ordenación Consuetudinaria del Caserío en Guipúzcoa, al que he hecho mención anteriormente.

Pero quiero llamar la atención sobre un punto concreto. En la Provincia, los notarios habían tomado el pulso tan bien a la ley que lo sorteaban de tal forma, que la costumbre preva-

leía sobre la norma, no sin ciertas dificultades prácticas. Por ello la Provincia no pedirá una normativa de libertad testamentaria sino la derogación ante la dificultad que imponía la referida disposición legal para aportar la dote por parte de las hijas al caserío en el que entraban a la hora de contraer matrimonio.

Solo en 1.696 y 1.697, se pedirá la libertad testamentaria, hasta entonces lo único que interesaba era el obtener la posibilidad de que las hijas pudieran ser dotadas ampliamente para poder llevar con la dote al caserío en el que iban a entrar el líquido económico suficiente para que el otro cónyuge pudiera levantar las cargas económicas que la aplicación de la ley imponía en favor de los hermanos excluidos en la sucesión del caserío, es decir, para poder pagar las legítimas.

Otro tanto puede decirse respecto a la reversión troncal. De dicha práctica, como de la anteriormente citada de transmisión indivisa de la casa a uno de los hijos tenemos reflejo documental en nuestros archivos de protocolos ya en el año 1.492. Mediante dicha práctica, a la que favorecía el Fuero de San Sebastian, pero se oponía el Fuero real, y luego lo admitían en cierta medida las Leyes de Toro, los bienes aportados al matrimonio como dote por ambos cónyuges al contraer matrimonio volvían al tronco si el matrimonio se disolvía sin hijos o hubieran muerto estos antes de la edad pupilar. Pues bien, ante la dificultad de su aplicación y reconocimiento hacia las leyes de Toro, la provincia también intentará sin éxito la obtención de una normativa favorecedora. Hay que destacar el acuerdo adoptado en el año 1.643 a propuesta de la villa de Vergara, en las juntas celebradas en San Sebastián el día 22 de abril de dicho año, en el que se propone a las juntas la formación de una ordenanza sobre reversión de dotes al tronco en la que se previenen todas y cada una de las circunstancias con las que se pueden soslayar las dificultades que la Ley VI de Toro establece para su aplicación en el territorio provincial donde no ha regido el Fuero de San Sebastián, puesto que fuera de dicho ámbito la reversión troncal estaba fundamentada en la costumbre, lo que impedía su aplicación conforme a la Ley VI de Toro. Sin embargo, aunque las juntas provinciales hacen una ordenanza y la elevan a la aprobación real no la obtienen. Más tarde, el Tribunal Supremo, en sentencias de 19 de diciembre de 1.859 y 28 de abril de 1.866 establecerá la falta de apoyo legal de la cláusula de reversión troncal establecida en sendas capitulaciones matrimoniales ya que en las mismas no se había cumplido la renuncia a la Ley VI de Toro y por otra parte la eficacia del pacto de reversión no está apoyada en disposición foral alguna en Guipúzcoa. Aun cuando esta declaración del Alto Tribunal se hace de forma general ignorando la existencia de una disposición en relación con la reversión troncal en el Fuero de San Sebastian, sin embargo como los casos examinados por el Tribunal Supremo en las referidas sentencias lo eran de asuntos suscitados fuera del ámbito del que en su día se aplicó el Fuero de San Sebastian, el fallo era atinado. En este punto conviene recordar que la ordenanza propuesta a la provincia por la villa de Vergara en 1.643 y que la provincia hizo suya pero que no obtuvo la aprobación consiguiente de los organismos superiores había previsto estas consecuencias con doscientos años de antelación. Por tanto, frente a la ordenación legal de la transmisión de los bienes y de la reversión de las mismas al tronco establecida por las disposiciones generales del reino, en Guipúzcoa prevalecía la costumbre, esto es, una costumbre contra ley, una costumbre que en su origen se enfrentaba a la ley, y esta prevalencia de la costumbre se mantiene durante siglos. La pregunta lógica es la de ¿cómo ha podido mantenerse?

En el estudio que hemos realizado sobre el problema hemos manejado gran cantidad de documentos notariales y privados y en ellos de una forma o de otra está plasmada la costumbre de transmisión indivisa de la casa y la reversión troncal de los bienes aportados por los dos cónyuges al matrimonio. Esta documentación, mejor dicho, parte de dicha documentación la hemos aportado de una forma completa, unas veces y otras a nuestro trabajo y sobre todos hemos pretendido y creo que se ha conseguido demostrar que estas prácticas basa-

das en la costumbre se aplicaban y se aplican a lo largo y a lo ancho del territorio provincial, y, con ello queda desautorizada la afirmación de don Hilario Yaben y Yaben, quien afirmaba que estas prácticas consuetudinarias solo existían en las fronteras o límites de la provincia de Guipúzcoa con Navarra y Vizcaya en virtud de la conexión geográfica de dichos puntos con las referidas provincias y por la inercia de la legislación de las mismas, pero ello, como decimos, no es exacto y creo, sinceramente que lo hemos demostrado cumplidamente. Esta práctica consuetudinaria se aplica no solo en Vergara, sino en Azpeitia, Tolosa y San Sebastián, y cuando hago referencia a dichas villas, me refiero a todo el ámbito que las mismas alcanzan.

Si observamos esas capitulaciones matrimoniales veremos que en las mismas para llevar a feliz término la pretensión de la transmisión indivisa de la casa, se hace una donación propter nuptias en favor del elegido o elegidos en la continuación del caserío, se le promete la mejora en el testamento, y para evitar futuras discusiones y disquisiciones, se fija en dichas capitulaciones, con la intervención de los hermanos excluidos la renuncia de estos a cualquier derecho sobre la casa, recibiendo la legítima paterna y materna.

Pero, en virtud de las disposiciones legales, las capitulaciones matrimoniales no serán suficientes para la obtención del fin perseguido y por ello, a la vez que se hacen las capitulaciones matrimoniales, los padres donantes hacen testamento, en el que respetando los derechos legítimos de los hermanos excluidos, atribuyan al elegido la mejora de tercio y quinto, en el Fuero Real y las leyes de Toro, y la mejora del tercio y la atribución de la parte de libre disposición en el Código Civil, además de que en esta última normativa más favorecedora de la indivisión de las explotaciones agrícolas, se utiliza el beneficio del artículo 1.056-2 que permite la atribución a uno de los hijos de la explotación agrícola pagando en metálico el resto de sus derechos legítimos.

También en dichas capitulaciones matrimoniales hasta finales del siglo XIX aparece una cláusula de reversión de los bienes al tronco, que hoy, ha desaparecido por lo dicho anteriormente.

Estas fórmulas se emplean igualmente en la provincia desde el siglo XV hasta la actualidad. No sabemos cual era la formulación de estas costumbres antes del siglo XV, ya que no hemos encontrado documentación anterior, pero no creemos que en el siglo XV se improvisara la formulación indicada, y por ello hemos creído que dicha formulación será anterior.

En el Fuero Real, cuya aplicación en Guipúzcoa, no puede ser discutida se preveía la aplicación de la mejora, pero solo en el tercio, ya que el quinto restante, de libre disposición solo podía atribuirse al mejorado, el quinto pero solamente para obras pías. Sin embargo, lo usual era que al mejorado, el elegido en la casa se le diera la mejora en el tercio y quinto, en contra de la prohibición legal, sin embargo ello no es exclusivo de Guipúzcoa, pues ya Romero Vieitez, en su obra La Mejora, nos demuestra que en Galicia, se hacían unas prácticas similares que en Guipúzcoa, y que allí, al igual que aquí se aplicaba el tercio y el quinto en favor del mejorado para permitir a este una mayor holgura y facilidad en la transmisión indivisa de la casa o caserío. Otro tanto podemos decir de Asturias, donde Prieto Bances ha demostrado cumplidamente que el campesino asturiano agotaba también todas y cada una de las posibilidades que la normativa legal le permitía para obtener, así mismo la indivisión de la casa.

El campesino, vasco, gallego, y asturiano, tiene un problema común y lo han resuelto de la misma manera, con mejor o peor fortuna.

Pero el campesino guipuzcoano no se ha conformado solamente con transmitir de forma indivisa la casa a uno de los hijos, sino que, como consecuencia lógica de la transmisión de la casa por parte de los padres viejos al matrimonio joven se plantea el problema de establecer los medios necesarios para regular las relaciones de los miembros que ocupan el caserío

no solo en su relación actual sino en el futuro, ya que la explotación agrícola que comporta el caserío es una unidad de explotación económica que sirve para el mantenimiento y supervivencia de la familia campesina, en un entorno hostil, alejado de los centros urbanos, mal comunicado, lo que condiciona naturalmente sus relaciones.

Así, en las capitulaciones matrimoniales aparece una sociedad familiar en la que se establecen las relaciones entre los miembros de la casa, se regulan de forma detallada el lugar que cada uno ocupara en la casa, el reparto de los trabajos y de los beneficios unas veces reservándose el matrimonio viejo el usufructo de la totalidad de los bienes, otras la mitad del usufructo, en suma, estableciendo una auténtica sociedad familiar similar a la de las reguladas en los Derechos forales civiles. Pero llama la atención una circunstancia en este punto y es que la sociedad familiar no se extingue por la muerte de uno de los miembros, sino que continúa, estableciéndose una ficción de tal forma que los derechos del fallecido se transmiten no a sus herederos desde el punto de vista legal, sino en favor del cónyuge del premuerto, como en el Derecho foral vizcaíno y el aragonés, estableciéndose una sociedad familiar continuada, siempre que el cónyuge sobreviviente permanezca en honestidad, es decir, mientras no contraiga nuevo matrimonio con un extraño a la familia.

Pero donde la compacta unidad de la familia campesina guipuzcoana se manifiesta de forma extraordinaria es en la institución también consuetudinaria que en la doctrina foralista civil se denomina Consejo de Parientes.

Esta institución podía desarrollarse sin ninguna limitación durante la vigencia del Fuero Real que en el libro III, título VIII, ley 3, previene que «la madre viuda y tutora de sus hijos haga inventario de los bienes de estos ante los parientes más propicios del padre muerto y si pasase a segundas bodas el alcalde con los parientes más propinquos den a ella e a los huérfanos e a sus hijos quien los tenga en su guarda».

En esta época se utilizará el denominado testamento por comisario. Mediante él se va a facultar a los parientes no solo a dar los bienes a los huérfanos, sino a elegir entre ellos al continuador de la casa, respetando a los demás las legítimas que les corresponden pero abonándolas en metálico. Existe, al respecto reflejo documental en los archivos. Con las leyes de Toro, que reduce el papel del comisario o pariente al de un mero ejecutor, sin embargo va a pervivir, frente a la limitación legal, la institución en Guipúzcoa, utilizando la ley XX de Toro y otorgando el testador al pariente un poder para que pudiera mejorar en tercio y quinto a uno de los hijos, al que el pariente eligiera. Con la codificación, esto es, con el Código Civil desaparecerá esta figura, pero seguirá viva en Guipúzcoa, otorgándose dicha función a los albaceas nombrados por el testador en el testamento. Estos parientes eligen al continuador de la casa si el padre no lo ha designado y si lo ha elegido hacen o utilizan las fórmulas legales necesarias para llevar a buen fin esa designación y esa transmisión indivisa de la casa. De todas formas el art. 831 del Código Civil admite la figura pero reduciéndola a la madre viuda. En Guipúzcoa no será la madre sola, sino que es corriente ver en las Particiones hereditarias que realizan la partición de los bienes, la viuda y un amigo o pariente. Antes este amigo o pariente era el párroco o algún clérigo que tuviera relación con la familia. No hay que olvidar la enorme influencia que en la familia campesina guipuzcoana ha tenido siempre la intervención del sacerdote, al que se le hacía intervenir en estos asuntos, por su gran autoridad moral, hoy quizá, y para evitar el entrar en los problemas que los repartos sucesorios puedan dar lugar, los sacerdotes vienen interviniendo en menor medida en estos trámites.

Quiero insistir una vez más que estas fórmulas son en su planteamiento contrarias a la ley que establecen el reparto de los bienes entre los herederos, salvo la posibilidad de la mejora y el tercio de libre disposición hoy día, y también en la legislación anterior, no regula la socie-

dad familiar, ni la situación del cónyuge viudo en la forma que está expresada en la costumbre guipuzcoana y por último tampoco regula el Consejo de Parientes. Sin embargo estas costumbres perviven y la forma de hacerlo es adaptarlas a las exigencias legales, no se infringe la ley, se utilizan las posibilidades que esta da al máximo, llegándose al mismo resultado que en las denominadas legislaciones forales. Para ello se utiliza la fórmula de la mejora, que es una constante en los testamentos de los campesinos guipuzcoanos, las donaciones propter nuptias y hoy en día, el beneficioso efecto del art. 1.056-2 del Código Civil, de tal forma que podemos decir que hoy día la legislación es más favorecedora de la posibilidad de transmisión indivisa de la casa aun cuando dicha transmisión no esta exenta de dificultades.

Llegados a este punto hay que resaltar la importancia que para el campesino guipuzcoano ha tenido y tiene la dote.

Hemos dicho que cuando el campesino guipuzcoano transmite la casa a uno de los hijos se te obligado a abonar las legítimas de los hijos excluidos. Ello produce lógicamente una descapitalización del patrimonio agrícola. Pues bien para evitar esta descapitalización del patrimonio, de la casa, y para pagar las cargas de la misma que se producen al cumplir con la obligación del pago de las legítimas está la dote. La mujer o el hombre advenedizo, que entra en la nueva casa al contraer matrimonio tiene que aportar una dote en metálico. Con ello se pagarán las cargas, las legítimas de los hermanos excluidos. Ello como puede comprobarse tiene una gran importancia. Ya Caro Baroja señala la importancia social y económica de la dote para el campesino vasco y a ello no está ajeno el campesino guipuzcoano, hasta tal punto, dice el ilustre escritor que el matrimonio entre campesinos vascos se condiciona a la aportación de una dote sustanciosa. El matrimonio no estará presidido por el amor en muchos casos, sino en la conveniencia, en los arreglos. De ahí que la provincia tratara en lo posible de obtener la derogación de aquella Ley de Cortes de Madrid de 1.534 que prohibía dar a los hijos por vía de dote y casamiento el tercio y quinto.

Por último, quiero brevemente hacer una referencia a la actitud de los organismos oficiales, las Juntas y la Diputación, después, frente a este problema de falta de apoyo del campesino frente a la ley.

Las Juntas Provinciales primero, no abordan el problema ya que cuando se produce el desplazamiento de la costumbre por la ley escrita, cuando la ley, el Derecho General del Reino se ha instalado en la tierra guipuzcoana la provincia está configurándose y sus sectores no alcanzan a ver el problema, o no lo quieren afrontar conscientemente, a diferencia de los vizcaínos en 1.452. Luego, cuando tomaron conciencia del problema ya es tarde. Las juntas lo intentan después de transcurrido un siglo de publicado el Fuero Viejo de Vizcaya, es decir, llegamos tarde.

En fechas más recientes, la Diputación de Guipúzcoa nos dará una de cal y otra de arena, frente al problema. En primer lugar no hay constancia alguna que la Diputación hiciera nada para obtener un puesto en la Comisión de Codificación, formada para la redacción del Colegio Civil como lo hicieran otras provincias, para asumir la costumbre guipuzcoana, elevándola a la categoría de ley.

De otra parte en la década de los años 1.920 a 1.930 y como consecuencia de los Congresos de estudios vascos, la Diputación promoverá una iniciativa animada por el General Primo de Rivera, según nos dice uno de los actores de aquella bonita aventura, Bonifacio Echeagaray para la redacción de un anteproyecto al Código Civil que por razones ajenas a lo jurídico no llegó a buen puerto. En este sentido, el Presidente de la Diputación Sr. Lizasoain, sacará a la luz pública un anteproyecto de apéndice al Código Civil donde se trataba de recoger

toda la problemática legal del campesino guipuzcoano de cara a la transmisión y pervivencia del Caserío y a la regulación de las relaciones internas de sus miembros. Fue un bonito anteproyecto que quizá no fuera muy loable desde el punto de vista técnico jurídico, pero no hay que olvidar que era un simple anteproyecto al que no fueron ajenos los miembros de la inquieta sociedad de Estudios Vascos de la que eran miembros don Bonifacio de Echegaray, don Telesforo de Aranzadi.

La prensa donostiarra de aquella época se hizo eco del reto lanzado por el Presidente de la Diputación solicitando el consenso popular a dicho anteproyecto, y aparecieron artículos de diversas figuras de la vida jurídica guipuzcoana, Notarios, abogados, Registradores de la Propiedad, aportaron sus valiosas opiniones y sus ideas sobre las reformas necesarias para la reforma del anteproyecto. Sin embargo no todo el mundo parecía conforme con la propuesta de la Excm. Diputación de Guipúzcoa, con argumentos que se salían o eran ajenos a lo jurídico y denotaban lo cargado del ambiente en aquella nuestra sociedad de los llamados felices años 30, por lo que el Sr. Presidente de la Diputación, en sesión celebrada en la Diputación el día 29 de noviembre de 1929, con sentidas palabras retiró el anteproyecto. De esta forma se cerraba un capítulo importante referente al problema, perdiéndose una oportunidad sin precedentes en nuestra historia para dar una regulación adecuada a la tradición jurídica, referida al caserío.

Paralelamente a ello, el pueblo llano, ajeno a todas estas disquisiciones de tribuna seguía enraizado y apegado a sus viejas tradiciones, utilizando los mismos medios que sus mayores para mantener la base de la familia tradicional guipuzcoana, de forma indivisa, el caserío. De todo lo aquí dicho se deduce una conclusión alentadora. La costumbre guipuzcoana referente a la familia ha prevalecido frente a una ley que si no del todo hostil no le ha favorecido en absoluto, lo que demuestra lo enraizado que dicha costumbre y forma de vida se encuentra en nuestro campesino que la sigue manteniendo.

Por otra parte y para concluir, señalar que la actual situación de despoblación del caserío no ha sido debido ni se debe a la ley, ya que a pesar de la ley, el campesino ha mantenido su tradicional forma de vida durante muchos siglos. La ley puede ser una causa favorecedora pero no la única ni la más importante. Existen otras causas a las que yo, en mi modestia no puedo referirme ya que se salen del marco de mi preparación y estudios.

De todas formas, el porvenir es muy pesimista para el campesino.

Que esta charla sirva al menos para que a quien corresponda ponga los medios necesarios para asegurar o al menos aliviar el futuro de nuestros campesinos, que creo que se lo merecen, siendo sin duda, los más claros exponentes de nuestra tradición y nuestro carácter.

He dicho.

Eibar a 10 de junio de 1.975

EL DERECHO GUIPUZCOANO

**Conferencia pronunciada en E.U.T.G. el día 21 de enero de 1977,
en el Curso de Extensión Universitaria de Cultura Vasca I Curso. 1976-1977.**

Para mi esta ponencia de Vds. aquí tiene un significado especial en cuanto es la expresión de dos fenómenos que se han manifestado de manera espectacular en una explosión de consecuencias imprevisibles. Estos dos fenómenos son, a mi juicio: 1) La concienciación de nuestro pueblo de su personalidad histórica, cultural y política. 2) La avidez de conocer rápidamente las raíces y la expresión de nuestra cultura. Creo señores, que para un hombre que empezó hace más de diez años el estudio de una parcela de nuestra cultura, como es el Derecho, esta presencia de Vds. es algo emocionante y no puedo resistir la tentación de expresarlo.

El título genérico de esta charla es el Derecho Vasco en su historia y ha sido dividido en dos partes. A mi, por mi condición de guipuzcoano y por haber estudiado y publicado temas de Derecho Guipuzcoano, me han encargado que explique hoy una lección de Derecho Guipuzcoano en su historia. El tema es amplio y ambicioso.

Decía un gran jurista alemán, incardinado en la llamada escuela histórica del Derecho, Presta, que hay dos elementos culturales que caracterizan a la personalidad de un pueblo. Su lengua y sus instituciones jurídicas. Creo que resulta evidente que estos dos elementos se manifiestan de manera clara y terminante en el caso del pueblo vasco. Tenemos una lengua y así mismo, expresamos nuestra vida, nuestras relaciones a través de una forma especial y distinta que nos confiese el derecho de reclamar el reconocimiento de nuestra propia personalidad y de un protagonismo histórico que desde hace ciento cincuenta años nos viene siendo, de manera sistemática negado.

Pero se me preguntará, ¿Guipúzcoa, que forma parte de esa gran familia que es el Pueblo Vasco tiene su propio derecho? La respuesta es claramente afirmativa. Lo tiene. Tiene un derecho privado propio que ese incardina dentro del contexto general del Derecho Privado Vasco ¿Pero cual es este? ¿No nos regimos en nuestras relaciones privadas por el Código Civil?

Si Vds. se paran a pensar un momento verán que Guipúzcoa se encuentra enmarcada por provincias que desde el punto de vista del Derecho Civil tienen fuero propio. Vizcaya y Alava tienen sus compilaciones de Derecho Civil y sin embargo Guipúzcoa no tiene compilación, pero tiene en el ámbito del Derecho de familia unas instituciones jurídicas propias, similares a las de Vizcaya y Alava.

Cuando se discutía en el Parlamento a finales del siglo XIX, la redacción del Código Civil, un gran jurista, Alonso Martínez, decía, para defender la necesidad de que el Código Civil se extendiera a todos los pueblos de España, lo siguiente:

«No existiendo en Guipúzcoa, normas de Derecho Foral civil, sin embargo y en base a las normas castellanas, el campesino guipuzcoano mantiene indivisa su propiedad agrícola, y regula sus relaciones familiares igual que aquellos que si tiene normas forales».

Esta afirmación es cierta en parte, puesto que es cierto que en Guipúzcoa, el guipuzcoano no mantenía indivisa su propiedad agrícola, a duras penas, pero no es cierto que no tuviera Guipúzcoa su propio derecho foral privado. No hay que olvidar que esa afirmación se realiza en un momento histórico en el que se culmina el proceso de idolatría de la ley escrita, momento que había tenido su expresión más amplia y álgida en Alemania, años antes en la discusión entre Savigny y Thibaut que culmina con la conclusión de la preeminencia de la ley escrita sobre la costumbre, es el momento de la codificación. Pero Guipúzcoa, tiene, desde tiempos inmemoriales su Fuero Público escrito y su Fuero privado, no escrito, basado en la costumbre, pero también la costumbre es fuente del Derecho y precisamente frente al naufragio general de la costumbre, salvo alguna excepción como en Navarra, la costumbre Guipuzcoana ha logrado sobrevivir en medio de unas normas jurídicas que, por generales, no ha contemplado la situación o las necesidades particulares de esta tierra singular, estas instituciones, dotadas de tal fuerza de supervivencia frente al Derecho oficial y escrito, pertenecían al ámbito de la familia o al de las sucesiones tan íntimamente ligado con la célula familiar. Este es el caso de Guipúzcoa, que integrada jurídicamente en el Derecho General del Reino Español que se formó en el siglo XIV ha conservado siempre viva hasta nuestros días la ordenación jurídica de la familia.

Creo que era Mauriac quien decía que la historia del Pueblo Vasco es la historia de una resistencia para sobrevivir. Esta es la historia de nuestro Derecho Privado que desde la perspectiva en la que hoy nos encontramos puede examinarse en tres puntos esenciales.

- 1) Antes del llamado Ordenamiento de Alcalá de 1.348.
- 2) Antes de la Codificación de 1.889
- 3) Después de la Codificación y cara al futuro.

Después de esta larga introducción voy a pasar a desarrollar el tema en tres partes:

- 1) Pasado de nuestro Derecho Privado.
- 2) Contenido de Nuestro Derecho Privado
- 3) Interconexión entre los diferentes Derechos Privados Vascos y futuro de los mismos.

I. Pasado de nuestro Derecho Privado

El Derecho en general es norma de convivencia y aunque esta charla vamos a centrarla sobre el Derecho Privado, esto es, sobre esa parcela de nuestra conciencia que regula las relaciones privadas, las particulares en nuestro caso y por las razones que aquí vamos a exponer, existe una íntima conexión entre el Derecho Público y el Privado Guipuzcoano. El poder público a través de sus actuaciones es el que da forma, el que recogiendo la aspiración de un pueblo, legítima al Derecho, es, en suma, quien a través de sus autorizaciones o denegaciones, a través de las normas jurídicas recoge y expresa el Derecho.

Precisamente, es aquí a mi juicio donde se encuentra la primera manifestación de desconocimiento e ignorancia de nuestras instituciones privadas, y este desconocimiento se desarrolla en dos momentos.

- a) La institucionalización previa del Reino Español a través de Castilla.
- b) La institucionalización tardía de la Provincia de Guipúzcoa

Aunque el siglo XIV es clave para el conocimiento de este fenómeno, hay que tener en cuenta que la historia no está compuesta de compartimentos estancos, y que antes del siglo XIV se ha ido produciendo un fenómeno de importancia extraordinaria. Este fenómeno es la

recepción del Derecho Romano, con su enorme carga política. El Derecho Romano trae consigo los conceptos de unidad jurídica y política. Esta unidad política se va a tratar de conseguir a través de la unidad jurídica. Los Reyes, conscientes de la importancia de la creación de un substrato jurídico uniforme en todo el reino van a tratar de introducir su derecho a lo largo y a lo ancho de la geografía que lo compone. Esta es la política iniciada por Fernando III seguida por Alfonso X el Sabio. Las principales disposiciones legislativas que van a utilizar, fundamentalmente este último van a ser dar el Fuero Juzgo y principalmente el Fuero Real, cargado de contenido de Derecho Romano, en forma de fuero particular a las villas, ciudades y comarcas. Estamos en el siglo XIII, en la búsqueda de la unidad jurídica, y no sin reacción por parte de los afectados. Al Fuero Real, le seguirán las Partidas basadas fundamentalmente en el Derecho Romano, que aunque no tiene en principio aplicación oficial va a influir notablemente en el desplazamiento de los derechos locales basados en la costumbre, por una razón fundamental, y es que estas disposiciones legislativas contienen un derecho erudito que por su más fácil manejo y conocimiento para los juristas, que son los que aplican el Derecho, va a ir desplazando a las normas de carácter local, en su mayoría no escritas, basadas en la costumbre y por tanto mal conocidas.

Este proceso tiene su culminación en el llamado ordenamiento de Alcalá de 1.348 que es la primera disposición de carácter general que se aplica en todo el reino, incluso en Guipúzcoa, y que introduce de manera definitiva como norma aplicable en defecto de costumbre al Fuero Real y a las Partidas. Puede decirse que esta es la disposición más importante desde el punto de vista jurídico para lograr la unificación no solo jurídica sino política del Reino.

La institucionalización tardía de la Provincia es otro de los factores que entran en juego para explicar este fenómeno de recepción que dirían unos o de desplazamientos que dirían otros, de la costumbre o derecho guipuzcoano. El ordenamiento de Alcalá es de 1.348 y la Provincia inicia su institucionalización en 1.397, con la creación de la Hermandad, proceso que culmina, según nos dice Fernandez Albadalejo en el siglo XV.

Y aquí vamos a pararnos un instante ya que este es un momento interesantísimo en el que podemos encontrar la clave de los diferentes tratamientos del problema encontrar la clave de los diferentes tratamientos del problema en Vizcaya respecto de Guipúzcoa.

Si observan Vds. el Cuaderno de Hermandad de 1.397 en él hay una total ausencia de normas o disposiciones de Derecho Privado. Los cuadernos posteriores, que modifican y amplían el de 1.397, inciden en lo mismo. El último cuaderno que conocemos es de 1.463. Sin embargo en Vizcaya en el que se dan las mismas o parecidas situaciones en 1.452, se dicta el Fuero Viejo de Vizcaya, en el que si se recogen disposiciones de Derecho Civil.

¿Cuál es la razón? La razón puede estar en una razón de carácter político. Así como en Vizcaya y Alava, la lucha de bandos terminan en compromisos y por tanto las dos partes implicadas, señores rurales y villas, llegan a un acuerdo o transacción, en Guipúzcoa, la fuerza de las villas es mayor y su victoria más espectacular. El cuaderno de Hermandad de 1.397 es un ejemplo.

Las villas, en una concepción de la vida y por tanto del derecho distinto, imponen en Guipúzcoa su ley, a los señores rurales. Este proceso de formación de las villas y su enfrentamiento con los hombres del campo lo tiene magistralmente expuesto Caro Baroja en «Introducción a la Historia social y económica del Pueblo Vasco» y creo que precisamente en ese desplazamiento del centro de decisión del campo a las villas de manera total en Guipúzcoa, puede explicar la ausencia de norma de Derecho Privado en los cuadernos de Hermandad ya que dichas normas, basadas en la costumbre, favorecen la posibilidad del mantenimiento de la propiedad rural, fuente de riqueza fundamental en aquella época, en manos de los hom-

bres del campo. En Guipúzcoa, a diferencia de Vizcaya y Alava, en el primer enfrentamiento, las villas en su triunfo desplazan, creo, de manera consciente, al derecho del campo. El Derecho real favorece el desarrollo de las villas y al triunfar estas imponen su ley.

Como señala Caro Baroja en un momento posterior los bandos, se echan sobre las villas, quieren influir en ellas y controlarlas y efectivamente, este fenómeno tiene puntual reflejo en Guipúzcoa, de tal manera que en las Juntas Generales de Guipúzcoa de 1.554, se produce la primera manifestación por parte de las mismas, de contrariedad ante una normativa que le es hostil a la conservación de la propiedad rural.

En las Juntas de Segura de 1.554, de 16 de noviembre, Junta II, el licenciado Beraciertu formula la proposición siguiente:

«Propuso que para la conservación de esta provincia se aga hordenança conforme al Fuero de Bizcaya e Inglaterra e de otras partes que los padres puedan dar, todos sus bienes rrayces a uno de sus hijos con los cuales se azen como de mayorazgo e la nobleza e hidalguia se autorizan y saldrán muchos naturales della a otras partes e se mostraran e excusarian muchos pleitos...»

Las leyes posteriores de 1.505, de Toro, la Ley de Madrid de 1.534, la Nueva y Novísima Recopilación, mantienen el mismo criterio del mantenimiento de una normativa que es hostil a la costumbre y todos los intentos de la Provincia se hacen inútiles para la obtención de la derogación en la Provincia de dicha normativa.

Cuando ya en el siglo XVI la Provincia, a través de sus Juntas Generales trata de recuperar la oportunidad perdida de ver recogida en un cuerpo normativo la costumbre ligada a la unidad de la Casa y de la organización de la familia es tarde y aunque durante los siglos XVII, XVIII y XIX insiste en sus peticiones, la unidad jurídica conseguida por la monarquía es guardada celosamente no admitiéndose dichas peticiones por ser contrarias a las normas generales.

Sin embargo la costumbre, enraizada en la familia campesina guipuzcoana prevalecerá frente a la ley en la esfera de los derechos de familia y sucesiones, de tal manera que, rigiendo en Guipúzcoa el Derecho Civil Castellano, se lograran parecidos resultados que los del campesino vizcaino, alavés, navarro y aragonés, es decir, transmitir de manera indivisa la casa y establecer una ordenación interna de la familia que aglutine dentro de la casa a la familia para hacer frente al presente y al futuro de la misma.

Pero si en el siglo XIV la explicación la hemos encontrado en las razones expuestas y fundamentalmente en el hecho de la formación tardía de la Provincia, no encontramos explicación alguna en la actitud omisiva adoptada por los órganos rectores de la misma en el momento en el que a finales del siglo XIX se forma la comisión de Codificación en la que no estará presente ningún representante de la Provincia, y tiene menos explicación cuando todavía en 1.841 la Provincia en el Proyecto de arreglo de los Fueros, había propuesto en el art. 16 de dicho proyecto el reconocimiento del derecho privado secular de esta Provincia, vinculado a la casa y la familia.

Quizá, en el momento en que se unen en 1.880 a la Comisión General de Codificación representantes de Cataluña, Aragon, Navarra, Vizcaya, Mallorca, Galicia, en Guipúzcoa existía una situación política enrarecida con la desaparición de la organización política provincial en 1.876 y la Diputación Provincial que había sustituido a la Foral no supo estar a la altura de las circunstancias, pero lo cierto es que no hay representante de Guipúzcoa en dicha Comisión.

Surge el Código Civil y en el mismo se vuelven a ignorar las particulares formas de concepción del derecho de familia Guipuzcoano que tiene que enfrentarse una vez más, a la ley escrita para sortearla. En la década de los años 1.920 a 1.930 surge un movimiento encabezado por hombres como Bonifacio Echegaray, Aranzadi, Elorza, Lizasoain, Perez Arregui, etc,

que como consecuencia de las conclusiones de la Sociedad de Estudios Vascos en los congresos celebrados en Oñate, Pamplona, elaboran una normativa, un anteproyecto de apéndice al Código Civil que recoja la costumbre y la eleve a la categoría de ley pero dicho movimiento fracasa por razones de índole política.

En la actualidad, la historia se repite, Recientemente se ha convocado a la Comisión de Codificación y nuestra Diputación ha vuelto a ignorar la realidad que le rodea.

Mientras tanto la supervivencia de la costumbre se va haciendo más difícil. Ya ha desaparecido una práctica muy nuestra, como es la de la revisión troncal. No se hacen capitulaciones matrimoniales ni donaciones, pues estas son muy caras dados los impuestos con los que están gravadas. Los caseríos desaparecen dada la escasa atención que se presta a la pequeña agricultura. Los caseros tienen derecho a una vida materialmente digna y acuden a los ciudades; el suelo urbano y la especulación que con él surge lo invade todo o casi todo. En suma estamos ante un claro fenómeno de urbanización y con él en la pérdida de valores tradicionales.

Después de este sombrío panorama se preguntarán Vds. cuál es el contenido del Derecho Privado Guipuzcoano y con ello, pasamos a examinar el segundo punto de esta charla.

II. Contenido del Derecho Privado Guipuzcoano.

Decía Yaben y Yaben que en Guipúzcoa existen unas prácticas consuetudinarias similares a las de Vizcaya y Navarra, pero que dichas prácticas relacionadas con la familia y la casa se practican en las zonas fronterizas a Vizcaya y Navarra. Frente a esa afirmación he demostrado hasta la saciedad que dicha afirmación es errónea, y que históricamente esas costumbres se practicaban a lo largo y a lo ancho de la Provincia, aunque hoy se encuentra centrado en las zonas típicamente rurales.

Estas prácticas consuetudinarias se refieren a la forma de transmisión de la casa, a la reversión de las dotes al tronco o reversión troncal, a la regulación económico familiar de la casa con la creación dentro de la misma de: la comunidad económico familiar; la regulación de la forma de disolución de la misma la regulación de la situación del cónyuge viudo y por último la creación del Consejo de familia en casos extremos, siendo necesaria una referencia especial a la Dote.

Estas prácticas consuetudinarias han pasado tres etapas claramente diferenciadas. La primera que va desde los orígenes conocidos hasta la llamada Ley de Toro de 1.505 y la Ley de Madrid de 1.534. La segunda que va desde la Ley de Toro de 1.505 hasta el código Civil de 1.889 y la tercera que va desde el Código Civil hasta la actualidad. Ahora bien, toda esta diferenciación, de una época a otra, es una diferenciación de matiz, en función de los cambios que para adaptarse a la ley impone esta, es decir, que la costumbre para sobrevivir tiene que adaptarse a la ley, camuflarse en ella para no incurrir en vicio de nulidad, de esta manera, de distinta forma se logra el mismo resultado.

a) Transmisión indivisa de la casa.

El titular de la casa y jefe de la familia transmite ésta al hijo o hija de manera indivisa que pretende el continuar en la explotación de la misma.

La forma de transmisión se hace de manera distinta según sean los diferentes épocas, pues mientras en la primera época, antes de las leyes de Toro de 1.505 se transmite la casa mediante donaciones hechas en capitulaciones matrimoniales, en reserva del usufructo por parte de los cónyuges mayores, a partir de 1.505, y concretamente a partir de 1.534 fecha en la que la ley llamada de Madrid prohíbe mejoras por vía de dote y casamiento a los hijos, en

tercio y quinto, se transmite la casa mediante capitulaciones y testamento, a través de la mejora en cosa específica y en la última etapa, después del Código civil se transmite la casa a través del art. 1.056.

En todos los casos el testamento es esencial y en él la figura de la mejora que permitía un mayor margen de maniobra a los albaceas para realizar dicha operación.

Pero así como se transmite la casa a uno de los hijos o a la hija que pretende continuar en la explotación de la casa, no se ignoran los derechos de los restantes hijos a lo que se les reconoce la legítima.

b) Reversión troncal.

La vinculación de los bienes a la familia de donde parte es tal que en el supuesto de producirse el fallecimiento de aquel que ha aportado al matrimonio, se produzca este sin herederos dentro del mismo tronco, los bienes vuelven a la raíz. Esta figura de la reversión troncal estaba en nuestro derecho vinculado a la dote. La dote es la figura fundamental de nuestro derecho y a ella nos referiremos luego.

Esta figura que tiene unas raíces muy antiguas subsistirá hasta mediados del siglo XIX en las capitulaciones matrimoniales, desapareciendo a raíz de dos declaraciones del Tribunal Supremo que entendió que la ley VI de Toro exigía unas formalidades especiales para su reconocimiento que en el caso de las capitulaciones examinadas no se cumplían.

Bien es verdad que la Provincia había pretendido sin éxito en 1643 a propuesta de la villa de Vergara, la aprobación de una ordenanza al objeto de soslayar las dificultades que la ley VI de Toro imponían, pero al no ser admitida la figura o institución quedan en situación vulnerable pues la ley VI de Toro exigía que dicha práctica tuviera un reflejo en una disposición legal, como podía ser un fuero, y aunque el fuero de San Sebastián lo recogía, sin embargo, el Tribunal Supremo en los casos mencionados entiende que falta el apoyo legal suficiente al no estar basado el pacto de reversión de disposición foral alguna, quizá porque los casos examinados lo eran fuera del ámbito donde había regido el Fuero de San Sebastián.

Lo cierto es, sin embargo que a pesar de dicha falta de apoyatura legal, la reversión troncal ha subsistido desde tiempos inmemoriales hasta el siglo XIX y podemos afirmar que se aplicaba en zonas donde no había regido el Fuero de San Sebastián, pues lo hemos visto reflejado en gran número de capitulaciones incluso anteriores al año 1.505.

c) La Dote.

Quizá la figura más interesante de todas sea la de la dote. La dote tiene una importancia excepcional y puede decirse que es el punto de partida de todo el entramado de la indivisión de la casa y por tanto hay que partir los bienes que componen la misma.

La dote consistía en una cantidad en metálico o en bienes, que el padre del novio o la novia entregaba al otro consorte titular del caserío al objeto de que con dicha dote se procediera al levantamiento de las cargas de la casa que eran donadas al hijo o hija que se casaba o casa o que en su día iba a ser donada. Estas cargas eran fundamentalmente legítimas del resto de los hermanos del que se casaba a la casa.

Con la dote, por tanto se abonaban las legítimas de los demás hermanos,

Por ello, la Provincia en el siglo XVI se opondrá de manera tenaz pero sin éxito a la llamada Ley de Madrid de 1.534, que prohibía mejorar a los hijos por vía de dote y casamiento el tercio y quinto lo que suponía un grave quebranto para las económicas de los caseríos puesto que se impedía de esta forma el que fueran abonadas las legítimas de los hermanos.

d) La comunidad económica familiar.

Cuando se produce el matrimonio de los esposos que van a vivir a la casa se produce una situación un tanto compleja, puesto que en la misma casa van a convivir dos matrimonios que van a llevar conjuntamente la explotación del caserío. Esta situación se regula bien en las capitulaciones matrimoniales o en documento aparte de manera detallada fijándose el lugar que cada uno ocupara en la casa, el reparto de los trabajos y de los beneficios; unas veces el matrimonio viejo se reserva usufructo de la totalidad de los bienes, otras se reparte dicho usufructo por mitades entrambos matrimonios reservándose el matrimonio viejo la propiedad del caserío en suma, se crea y regula una auténtica sociedad familiar similar a la de los Derechos forales civiles actualmente existentes,

Pero llama la atención una circunstancia esencial y es que a la muerte de cualquiera de los miembros de la sociedad, esta no se extingue, continúan igual, estableciéndose una ficción de tal forma que los derechos del fallecido en dicha comunidad no se transmiten a los herederos sino en favor del cónyuge premuerto, siempre que continúe viudo. Es una figura similar al derecho vizcaino y aragonés, estableciéndose una comunidad continuada.

e) El Consejo de Parientes.

Hemos visto que los miembros de la casa regulan sus relaciones dentro de la misma para durante la vida. También puede afirmarse que de una manera un tanto desdibujada hemos visto plasmada en la documentación que hemos examinado el llamado Consejo de Parientes, que es una institución dirigida a la liquidación de la sociedad familiar.

Esta institución podrá desarrollarse sin ninguna limitación durante la vigencia del Fuero Real que previene que «la madre viuda y tutora de sus hijos, haga inventario de los bienes de estos ante los parientes más propinquos del padre muerto y si pasase a segundas bodas el alcalde con los parientes más propinquos den a ella e a los huérfanos e a sus hijos quien los tenga en su guarda». Aunque en esta época se admite el llamado testamento por comisario que permite desligar en un tercero la fijación del hijo que va a quedar en la casa, con las leyes de Toro desaparece como tal comisario y se convierte en un mero ejecutor de la voluntad del causante, pero ello no impide que se siga utilizando hasta la aparición del Código Civil que elimina la figura. Sin embargo el art. 831 permite cierta facilidad aunque realmente puede decirse que la figura se difumina y pasa a ser ocupada en cierta medida por los albaceas.

III. Interconexión de los Diferentes Derechos Vascos.

Preguntamos ¿Existe una interconexión entre los diferentes Derechos Privados Vascos?

La historia de las instituciones publicas vizcainas, alavesa y guipuzcoana son paralelas, pero, mientras Vizcaya y Alava han tenido el problema resuelto por el reconocimiento de sus instituciones privadas, y Navarra ha tenido unas Cortes que han mantenido hasta su desaparición las instituciones privadas. Guipúzcoa se ha tenido que enfrentar con una problemática idéntica pero con unos medios distintos. El resultado puede decirse, sin embargo ha sido, en cierta medida idéntico.

Las instituciones que hemos examinado rápidamente, existentes en Guipúzcoa las vemos reflejadas en Vizcaya, Alava y Navarra, pero no solo ahí, sino que alguna de estas figuras por no decir todas ellas, la vemos recogidas de una forma o de otra, en todas las legislaciones pirenaicas. Tienen, por así decirlo, una raíz común, aunque en su desarrollo y por circunstancias accidentales se hayan desarrollado con sus matizaciones. Quizá con el derecho que más vinculación tenga el guipuzcoano sea con el Derecho Civil de Vizcaya, puede por tanto hablarse de una interconexión entre los Derechos Vascos, y decirse que tienen una raíz común.

Si, como decíamos al principio, los elementos culturales que caracterizan a la personalidad de un pueblo son su lengua y sus instituciones jurídicas, y resulta evidente que tenemos no solo una lengua, sino instituciones de Derecho Público y Privado propias, ¿quién nos negará nuestra personalidad?

Resulta evidente que hoy la reclamación de nuestro personalismo y protagonismo histórico es un clamor. Solo hace falta que se nos reconozca y espero y confío que será así, muy pronto. Que así sea.

REINTEGRACION FORAL

Carta del 19 de agosto de 1976 al Director de El Diario Vasco

Querido amigo:

Agradeciéndole su invitación para exponer mi punto de vista sobre el tema de la «Reintegración Foral», y sus posibilidades de adecuación en el contexto socio político actual, no puedo, ni debo eludir el contestar a la misma, sobre todo en estos momentos en que se hace necesaria una clarificación de un tema tan polémico y apasionante, siendo mi deseo el poder contribuir en la medida de mis posibilidades a dicha clarificación.

Cuando en la actualidad se plantea el problema de la reintegración foral no debe olvidarse, a mi modesto juicio, una cuestión de importancia, y es la de que el Fuero, o mejor dicho los Fueros, tal y como históricamente los conocemos tuvieron su origen y desarrollo en un contexto jurídico político muy distinto al actual y, por tanto, no puede entenderse el tema foral sin hacer una distinción previa que es necesaria. Esta distinción está en que los Fueros tuvieron su origen y desarrollo en el Antiguo Régimen y la cuestión foral, tal y como hoy se plantea, tiene un condicionamiento jurídico-político distinto.

Por tanto, es necesario el distinguir, como lo he venido haciendo en diversas conferencias sobre el tema, entre el Fuero ayer y el Fuero hoy.

Pero precisamente a ello se hace necesario, en orden a una necesaria claridad, el establecer o definir el concepto de Fuero, concepto que desde un punto de vista técnico-jurídico, era distinto ayer que hoy, pero que desde un punto de vista sociológico, pueden tener y de hecho tienen, una identidad conceptual.

Resulta muy difícil en estas apretadas líneas el desarrollar con la suficiente claridad todos estos conceptos e ideas, pero al menos lo intentaré. Quiero señalarle que lo que le expongo es mi particular punto de vista, fruto de un estudio desapasionadamente relativo, puesto que como vasco el tema me es muy querido, y, es mi deseo el contribuir, en la medida de mis limitadas posibilidades a clarificar el asunto, si es que, a estas alturas puede clarificarse algo, máxime cuando la Foralidad está siendo objeto de manipulaciones interesadas, de uno y otro signo, por razones cuya evidencia evita cualquier consideración.

Me pregunta Vd. si es posible el establecer unas leyes forales a la realidad económico y social, y si creo que dichas leyes pueden ser un vehículo para la reforma democrática española, interviniendo en la determinación del ámbito foral los partidos políticos y si los fueros serían un aglutinante de las diversas tendencias que durante más de un siglo han dividido al país.

Para responder a estas preguntas creo, como le decía antes, que es necesario clarificar conceptos. Hay que empezar por definir que era el Fuero y que es o se entiende hoy por el Fuero.

Los Fueros Guipúzcoanos, Vizcainos, y Alaveses, tienen su origen en un contexto jurídico político y social muy concreto y a mi juicio sus expresiones, derivadas de las mismas o pare-

cidas circunstancias jurídicas, políticas y sociales, en las tres provincias, tienen unas manifestaciones parecidas pero no del todo iguales.

Piénsese, a título de ejemplo el rico contenido jurídico privado del Fuero Vizcaino, que está ausente en la Compilación Foral Guipuzcoana, con la importancia que las instituciones jurídico privadas tienen para definir el alcance de un cuerpo normativo. Ello no quiere decir que en Guipúzcoa no existieran instituciones privadas, manifestadas a través de la costumbre, pero lo cierto es que no están recogidas, creo que de manera involuntaria o inconsciente en el Corpus Foral Guipuzcoano. Incluso hay instituciones de Derecho público en el Fuero Vizcaino que no tienen un reflejo en el Guipuzcoano, quizá porque el Corpus Jurídico Guipuzcoano que fué recopilado en 1.696 fué hecho tarde y mal, empleando las mismas palabras que utilizara para definirlo.

En la concepción originaria romana se llamó *forum* al tribunal y por extensión se dió también el mismo nombre a la jurisdicción de este.

En la época postclásica romana, en donde la actuación del tribunal llegó a adquirir cada vez más importancia, se equiparaba a las decisiones de este el carácter de fuente del Derecho y, aunque el Derecho visigodo intenta cortar toda iniciativa al Juez prohibiéndole sentenciar en los casos no regulados en la ley, sin embargo en el siglo VIII la actuación del Juez, en la declaración del Derecho cobró extraordinaria importancia. En las zonas de la península, Navarra y Vascongadas, Castilla y Aragón, donde el *Liber Iudiciorum* deja de aplicarse a la caída del poder visigodo, la costumbre será la única fuente del Derecho y como es natural, dicha costumbre queda condicionada en buena parte a la apreciación del Tribunal. En el Derecho Medieval, que fué un Derecho judicial, en las indicadas regiones, las sentencias reiteradas se convierten en fuero, de tal forma que de una primitiva concepción de modo de actuar del tribunal pasó luego a ser fuero, sinónimo de norma jurídica, esto es Derecho, que tomara la forma de norma concreta o la forma de ordenamiento más desarrollado, tomándose, entonces como sinónimo de Derecho que rige en un lugar. Esta concepción se impone en España, excepto en Cataluña ya en el siglo XII, llegando a tener reflejo no solo en disposiciones u ordenamientos locales, sino en disposiciones legales emanadas del Rey que aunque originariamente tenían como intención de ser su norma general, por obra y gracia de diversas circunstancias quedan reducidas a normas de carácter local, como fué el caso del Fuero Real, derecho erudito emanado del monarca que regirá como derecho local supletorio de los fueros breves de las villas y comarcas a las que el rey se lo concede bien a petición de los propios habitantes del lugar o por iniciativa real.

Por tanto vemos que ya en la Edad Media la palabra Fuero ha pasado a ser sinónimo de norma jurídica, Derecho y más tarde, cuando con el ordenamiento de Alcalá de 1.348 se produce la primera declaración de unificación jurídica y fijación de las fuentes del derecho, se iniciara el paso de entender el Fuero como Ley Especial, no privilegio, como se ha pretendido entender. Este concepto pasa a la Edad Moderna.

Aclarada la terminología, y volviendo al punto de partida nos preguntamos, ¿Cual fué el origen de los Fueros Vascongados y concretamente de los Fueros Guipuzcoanos?

Aquí hay que hacer una doble distinción. Cuando se habla de Fueros no se distingue, normalmente entre los Fueros y Cartas Pueblas de las Villas, que son normas emanadas del poder legislador dirigidas a la ordenación de la vida local y los Fueros más amplios que abarcan no una villa sino una comarca. Cuando nos referimos a los Fueros Vascongados, a los Fueros de Alava, Vizcaya y Guipúzcoa, estamos haciendo referencia a éstos últimos.

Es necesario, antes de pasar al examen del origen de los segundos que hagamos unas consideraciones sobre los primeros, en cuanto que al afectar a las villas Guipuzcoanas, que

van a ser el fundamento de la foralidad, tienen una importancia extraordinaria para el conocimiento y fijación del tema, desde un punto de vista jurídico.

Permítasenos generalizar. Guipúzcoa era, en un principio una merindad, en su mayor parte, es decir, tierra de realengo. Los moradores de la «tierra» que hoy es Guipúzcoa van poblando la misma y necesitan el dar forma jurídica a sus normas de vida. Para ello obtienen el Fuero o Carta Puebla en donde se recogen en todo o en parte, más bien en parte, sus costumbres desapareciendo poco a poco la merindad. Pero al hacerse más complejas las relaciones y quedar corto el contenido del Fuero, obtienen una ampliación del mismo. El rey les da un fuero más amplio y este Fuero será el Fuero Real. A través de él se produce la introducción del derecho erudito que va desplazando a la costumbre, produciéndose o introduciéndose un elemento esencial de unidad jurídica que como se sabe es preámbulo de la unidad política. Esta política, iniciada por Fernando III, es llevada a la práctica por Alfonso X el Sabio aunque su éxito sea parcial. De todas formas ya en el siglo XIII y XIV se ha introducido el Fuero Real como derecho supletorio de los Fueros de las villas, pero por obra y gracia del ordenamiento de Alcalá de 1.348, todavía la Hermandad no se había constituido, y el Fuero Real ocupará un primer plano. Si además tenemos en cuenta que la costumbre pierde siempre terreno ante el derecho escrito, podremos afirmar que el substrato jurídico guipuzcoano en el siglo XIV era el Fuero Real y Las Partidas. Sobre estas bases se va a construir todo el aparato foral y nacerá la Provincia,

Pero tanto más interesante que el elemento formal va a constituir lo que a mi juicio es la razón de ser y el origen social de la Provincia. Esta, a mi juicio nace, en un determinado momento histórico, dentro de un contexto político, jurídico y social, como consecuencia de una revolución. Aunque sus efectos se reflejen en un marco jurídico concreto, el Cuaderno de Hermandad, las causas del nacimiento de esta, están en un movimiento social y económico que lleva como consecuencia unos efectos jurídicos concretos, el nacimiento de la Provincia, los Fueros de Guipúzcoa.

Este nacimiento social, la revolución de la burguesía o habitantes de las villas, frente al poder de la nobleza rural, —banderizos— apoyado por el poder Real, viene a confirmar el dominio de las villas sobre el territorio Provincial y a ensanchar el ámbito de competencias de las mismas, así como que supone una reafirmación del poder real, sobre la pequeña nobleza inquieta y discol y la desaparición de los privilegios de esta. Surge un orden nuevo. Desaparece el poder político de un grupo o clase y se consolida el de otra, el de los municipios. Sobre esta base se va a montar la organización foral que tiene su primera manifestación en el Cuaderno de Hermandad de 1.397. Como puede verse el fenómeno, que ya se había producido en Europa con antelación, se manifiesta en las Provincias Vascongadas muy tardíamente.

Lo cierto es que cuando dicha revolución se produce, tardíamente, en las Provincias Vascongadas, se habían dado ya varios de los condicionamientos necesarios y suficientes para que tuviera éxito. Por un lado el desarrollo económico pujante de las villas ocupadas, fundamentalmente por artesanos y comerciantes; luego la introducción como derecho supletorio del Fuero Real, primero a través de la concesión del Derecho de Vitoria a las villas de fuero breve, derecho que llevaba implícito el Fuero Real, que supone un elemento de unificación jurídica y a la vez un apuntalamiento del concepto de soberanía real, no solo en el aspecto judicial, —el rey juez de la Edad Media—, sino del rey como órgano de unificación política; y por fin las exenciones fiscales de las villas, sentando las bases del posterior concepto de hidalguía universal más jurídico que socio-político. Todo ello produce un tandem, rey, villas que, concretamente en Guipúzcoa, tiene como resultado la desaparición de cualquier vestigio feudal y la aparición de un orden nuevo. El poder real, apoyado en las villas Guipuzcoanas se reafirma en la zona y desde ese momento se inicia una nueva andadura. La revolución de la

burguesía de las villas consolida, al igual que en la mayor parte del Reino, la libertad de los municipios que gozan de una amplia autonomía y así mismo el poder real, que será el valedor y guardián de dichas libertades. Surge la relación directa rey-villas. La competencia judicial, fundamental exponente de la realeza, según la concepción medieval será ejercitada en los municipios por delegación regia, con carácter excluyente. Quizá en Vizcaya y Alava tema que no conozco bien, el proceso fuera similar, aunque el resultado algo distinto, puesto que parece deducirse que la nobleza, pequeña nobleza, no pierde todas las bazas en las provincias hermanas y conviven por algún tiempo, dos órdenes jurídicos distintos. Pero lo cierto es que en Guipúzcoa, todo vestigio feudal, si exceptuamos Oñate, desaparece. Tanto es así que por iniciativa regia y para consolidar las conquistas antes apuntadas se organiza la Hermandad, institución no exclusiva de las Provincias Vascongadas. Pero dicha institución se realiza sobre la base del llamado Fuero Real, cuerpo legal arraigado, como se ha dicho, a través de los fueros municipales en las villas Guipuzcoanas y elemento de importancia capital para la unificación jurídica, preámbulo necesario para la posterior unificación política.

El primer Cuaderno de Hermandad (1.397) se va perfeccionando con sucesivas adiciones. La última de 1.463 coincide prácticamente con el nacimiento del Estado Español. Los Reyes Católicos serán muy escrupulosos en el respeto y porque no decirlo, en el apoyo al nacimiento de la Provincia de Guipúzcoa.

Nace, por tanto, la Provincia dentro de un concepto jurídico político nuevo, el Estado, de manera natural, e incluso se adiciona y amplía por el apoyo real, como es los casos de Salinas y el Valle de Leniz, que se unen a la Hermandad Guipuzcoana por orden del Rey.

Dentro de este nuevo contexto jurídico político, el Estado en donde la soberanía se personifica en el Rey, se desarrolla y alcanza plenitud la Provincia.

El Pluralismo hispánico del que habla Vicens Vives, es una realidad fructífera. Pero dicho pluralismo no puede interpretarse fuera del contexto jurídico político en el que se desarrolla. El Estado es uno, la soberanía, como concepto jurídico político es, así mismo, uno, pero su interpretación y desarrollo es generoso y respetuoso, con las particulares formas de aplicación en todos y cada uno de los diversos ámbitos territoriales en que se desarrolla, en una interpretación típicamente hispánica. Tenemos, ya el Estado Español en la Edad Moderna, vigoroso y firme.

El aparato Provincial al igual que el Estatal, sufrió el consiguiente perfeccionamiento con el transcurso del tiempo, y en esa transformación se van produciendo los consiguientes adecuamientos.

No puede entenderse la organización foral sin tener en cuenta los órganos de la organización estatal con los que se encuentra relacionados por ser de una verdadera y eficaz organización político administrativa, sin olvidarse que, en un principio, tanto unos como otros adolecen desde nuestra perspectiva, de defectos lógicos de funcionamiento y conexión, que con el tiempo se van adecuando, de tal manera que, a medida que el aparato estatal se perfecciona, los órganos de la foralidad guipuzcoana, al ser objeto de un mayor control, sufren una merma, cada vez mayor, en su funcionamiento autónomo.

Los municipios son el origen de la organización foral y es el fundamento de la misma. De la colegiación de los municipios surgen las Juntas Generales de la Provincia. La Diputación surgirá como órgano permanente, pero con facultades delegadas de las Juntas a las que tendrá que rendir cuentas de su gestión anual.

Los cargos municipales son elegidos directamente por el cuerpo de electores. El elector tiene que reunir, según las ordenanzas municipales, una serie de requisitos. Aunque todavía y sorprendentemente, a la vista de la importancia de la institución municipal, no se ha hecho un

estudio serio y profundo sobre los concejos guipuzcoanos, puede afirmarse, de las noticias que tenemos, que ni era el colmo de la democracia, ni el polo opuesto a la misma. Más bien puede decirse que era una fórmula intermedia, conservadora que demostró una gran eficacia. Sería interesante el hacer un estudio comparativo de dichos concejos con los castellanos, para ver las diferencias reales que les separaban, si es que existen tales diferencias, pero dicho estudio no se ha hecho. No hay que olvidar que la democracia es una conquista de los tiempos modernos,

Elegidos los cargos concejiles, estos elegían uno o varios representantes en las Juntas

Las juntas tenían amplias facultades. Quizá la que más nos llame la atención sea la de proponer al rey disposiciones de ley, de aplicación dentro del ámbito provincial, pero, en suma, la sanción de las mismas correspondía al rey. La mayor prueba de nuestro aserto está en las múltiples peticiones al Rey por la Provincia para que aprobara una ordenanza sobre la derogación en la Provincia de la Ley de Madrid de 1.534, que prohibía dotar a las hijas en tercio y quinto por vía de casamiento, sin que se consiguiera el refrendo Real. Otro ejemplo lo tenemos en la aprobación a propuesta de la Provincia de la Ordenanza Municipal de 1.872, que unifica el sistema municipal Guipuzcoano.

Otra cuestión también competencia de la Provincia era la autonomía fiscal, sin perjuicio de las obligaciones económicas para con el Estado, pero ello sería descender a excesivos detalles y haría interminable estas líneas.

Es necesario resaltar que esa autonomía jurídico-político-administrativa de la Provincia tenía su fiscalización. El órgano que fiscalizaba la legalidad de los actos de la Provincia era el Corregidor, que en un principio nace como órgano delegado de la justicia del rey y al que se le acumula la competencia político administrativa, pero fundamentalmente las del control de la legalidad de los actos de la Provincia, actos que no podía suspender pero si denunciar como ilegales, estableciéndose el correspondiente contencioso ante el Consejo de Castilla, que era a la postre quien definía si el acto era o no conforme a derecho. A partir de Carlos III, el Corregidor será un funcionario.

Pero, también la Provincia tenía su institución de control de legalidad de los actos emanados de la autoridad legislativa, central, para mantener el respeto a las competencias provinciales. Esta institución era el Pase o Uso foral, institución que no fué exclusiva de Guipúzcoa sino general en la organización administrativa del Reino, hasta su supresión. En Guipúzcoa perdura, con ciertos altibajos hasta el año 1.780, cuando en Real Provisión después de un pleito sostenido por la Provincia ante el Consejo de Castilla que terminó el 31 de julio de 1.780, levanta la suspensión en la que la institución se encontraba, pero, según dicha Real Resolución la determinación de lo que era o no contrafuero ya no será competencia privativa de la Provincia, sino del Rey. Esta Resolución pasó a formar parte de la Novísima Recopilación de las Leyes de España y concretamente de la Ley XV, título XIII, libro IX.

Al periodo de plenitud de la organización foral que se extiende entre el siglo XV a XVII, le sigue ya en el siglo XVIII un periodo de decaimiento, no solo determinado por las cuestiones internas, cuyo conocimiento nos es debido a recientes y extraordinarios estudios, de los que el tema está tan escaso, sino también por las circunstancias cambiantes que se van produciendo en el resto de España y en Europa. Las concepciones políticas van cambiando. El pluralismo hispánico empieza a ser sustituido por el centralismo, producto de una más perfecta organización estatal. En el año 1.707 se mata la raíz de los fueros valencianos; en 1.711 los de Aragón, en 1.715 los de Mallorca y en 1.716 los de Cataluña. El pretexto, la guerra de sucesión. La razón de fondo, el cambio o transformación de la concepción política, el absolutismo, tiene en ese momento su cota más alta de expresión. Los diferentes fueros de las Provin-

cias Vascongadas no están exentos de dicha corriente. Pero al faltar el pretexto bélico, se utiliza el razonamiento científico. Llorente, Vargas Ponce, Gonzalez, tratan de demostrar científicamente que el origen de los Fueros Vascongados son un privilegio concedido unilateralmente por la Corona y que, por tanto, unilateralmente, la corona puede suprimir. Frente a dichas tesis, el Padre Larramendi defenderá la idea del Pacto y Egaña aplicará los supuestos de la metodología histórica liberal para explicar los orígenes del Fuero. El ataque a los Fueros produjo el efecto contrario al pretendido por Godoy, suscitó una reacción de autoafirmación. La batalla no la iba a ganar el centralismo de manera frontal, sino escalonadamente. Medidas parciales en instituciones fundamentales y el cambio que las nuevas corrientes ideológicas traían fueron sus principales aliados. Entre las medidas parciales adoptadas, que supusieron una herida mortal, y a la que hemos hecho referencia, se encuentra el que la definición de lo que era o no contrario al fuero quedaba al criterio del Rey y en cuanto a las corrientes de cambio, el constitucionalismo liberal que se inició en el siglo XVIII y se manifiesta en el siglo XIX, harán incompatible según el pensamiento de los constitucionalistas liberales el sistema constitucional con el foral, tal y como uno y otro eran entendidos.

Al iniciarse el siglo XIX se produce un cambio fundamental en la concepción política europea. Surge la era constitucional. El sistema consuetudinario era incompatible con la organización foral como queda reflejado en el art. 144 del Proyecto de Constitución de Bayona de 1.808 en donde ya se pone en tela de juicio la existencia de tal organización, según el sentido que los constitucionalistas del siglo XIX tenía de tal sistema, confundiendo la unidad con el uniformismo. Dejando al margen las leyes llamadas derogatorias de los fueros de 25 de octubre de 1.839 y 21 de julio de 1.876, donde queda plenamente reflejado dicho espíritu y la incompatibilidad del sistema foral con el constitucional es en la orden de la Regencia de 5 de enero de 1.841 que derogó el instituto del Pase Foral, previo dictamen del Tribunal Supremo, en relación con un pleito surgido como consecuencia de haberse opuesto el Pase Foral por la Diputación de Vizcaya a una ejecutoria de la Audiencia de Burgos. Las razones de la derogación que en dicha disposición se aducen son: 1) Que el pase o uso foral era de poca importancia para el bien y prosperidad de estos naturales. 2) Que era depresiva de la autoridad de las Cortes, de la autoridad del gobierno, de la fuerza de la cosa juzgada y de la independencia de los Tribunales en la administración de Justicia. 3) Que sobre todo era incompatible con la unidad constitucional que siempre debía quedar salvada por lo dispuesto en la ley de 25 de octubre de 1839.

La ley de 21 de julio de 1.876, derogando el sistema foral dejaba abierta la puerta para el «arreglo» de los fueros, debiendo entenderse que dicho arreglo tenía que estar en consonancia con el sistema constitucional. Es decir, que el sistema foral del antiguo régimen era incompatible con el sistema constitucional y solo era posible el establecer un sistema nuevo que se adecuara al constitucional. Mientras ese arreglo llegaba se dejó como régimen transitorio el de los Concierdos Económicos.

¿Cómo debía entenderse ese nuevo sistema? La historia nos ha enseñado que existe una interrelación en todos los órdenes y que todo está sujeto a las corrientes de cambio.

Desde finales del siglo XIX se abre paso una corriente nueva en toda Europa. Es la llamada Europa de los pueblos que hoy se plasma en la Europa de las Regiones, poniendo en crisis el concepto clásico del Estado.

Los países de la Comunidad Económica Europea, vienen preparándose a la unidad supraestatal tomando como primer paso la organización regional de los diversos Estados. Claro ejemplo de ello lo tenemos en Italia, Holanda, Alemania, y en la actualidad en el Reino Unido con la preparación de las Cartas de Gales y Escocia. La constitución de la República Española

de 1.931 respondía, en cierta medida a esa idea al establecer el concepto de «Estado integral», fórmula que sorprendentemente ha servido a Italia que se ha valido del Estatuto Catalán de 1.932, para la elaboración de los estatutos de algunas de las regiones de mayor autonomía. Esta corriente está ahí, no es nueva, no ha surgido de la nada. También en España hay desde primeros de este siglo una fuerte corriente estatutaria que supera el concepto uniformista del Estado y por supuesto el estadio provincial creado en 1.833. Pero dicha corriente, desde el punto de vista del estudioso del País Vasco plantea un problema de fondo. ¿Es un movimiento que se enlaza con la etapa anterior o es una posición historicista? La respuesta acertada no la se. Solo puede decir que desde mi punto de vista y concretándonos al País Vasco, enlaza con la etapa anterior pero tiene una proyección distinta, puesto que antes los Fueros eran, aunque de contenido y fundamento parecidos, independientes, distintos, es decir, cada Provincia tenía su propio fuero, pero ello no justifica la argumentación de que por tal motivo, si se acepta una posición estatutaria debían ser estatutos independientes y distintos puesto que solamente las razones de índole práctica y técnica imponen una visión más amplia y global de la problemática, dentro de un ámbito eminentemente regional, corriente que me parece más acertada y próxima a la realidad, además de tener un reflejo sociológico evidente.

Uno de los problemas más importantes y comprometidos en este momento está en definir si dicho planteamiento debe ser anterior o posterior a la reforma democrática. En unas recientes declaraciones a un periódico de gran difusión un político catalán afirmaba que para Cataluña el paso previo era la devolución del Estatuto de 1.932, quizás aunque no lo dijera, porque fué derogado por el actual Régimen Político. En el caso de las Provincias Vascongadas resulta que el estatuto del 36, al que no se le ha reconocido vigencia, fué a mi modesto juicio, otorgado de manera circunstancial, y parece que no responde a una aspiración actual. Entiendo, por tanto que la democracia es paso previo a la elaboración de cualquier fórmula estatutaria que por otra parte tendría que adecuarse al orden constitucional que se estableciera. Por supuesto que entiendo que el Estatuto es algo que nos aproximará a la realidad que nos rodea. Me refiero a un Estatuto Regional.

Me pregunta si los partidos deben intervenir en el ámbito foral. No creo que a los partidos políticos haya que llamarlos a intervenir, vendrían ellos solos.

Lo que resulta incuestionable es que no hay autonomía político administrativa, o autonomía Regional, como quiera Vd. llamarla, si no hay autonomía fiscal, siempre estableciendo los medios necesarios para que se eviten las situaciones de injusticia y las desigualdades y desequilibrios regionales. De todas formas ello es una cuestión técnica que ya ha sido experimentada en Alemania e Italia, al parecer con éxito. Por tanto, no veo la alarma que en algunos sectores está produciendo la sola mención del Concierto Económico. Esta será una cuestión técnica a resolver una vez que se haya establecido las bases de la organización político administrativa de cada región y por tanto hablar de ello es adelantar acontecimientos.

También pregunta Vd. si los fueros podrían ser el aglutinante de las diversas tendencias que durante más de un siglo ha dividido al país. Para contestar a su pregunta habría que saber primero a quien representan esas tendencias, es decir, que base representativa tienen. Lo que entiendo que es primordial y urgente es el clarificar el espectro político. Saber quien es portavoz de quien y eso solo se consigue mediante unas elecciones libres en las que intervengan todos los partidos políticos sin limitaciones y exclusiones mediante el sufragio universal. Que yo sepa no se ha intentado otra fórmula.

Con el ruego que me perdone las excesivas simplificaciones y generalizaciones determinadas por el espacio que me ha dado en el diario de su digna dirección, aprovecho la ocasión para saludarle atentamente.

REFORMA DE LA COMPILACION DE DERECHO CIVIL FORAL DE VIZCAYA Y ALAVA. INSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO CIVIL VASCO

1. Introducción metodológica

De lo establecido en la Constitución resulta evidente que la Comunidad Autónoma Vasca tiene competencia legislativa exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral y especial escrito o consuetudinario, propio de los territorios históricos que integran el País Vasco, y la fijación del ámbito territorial de su vigencia (art. 10-5 del Estatuto de Autonomía) (1).

El analizar el contenido y alcance del artículo 10-5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco plantea diferentes problemas que vamos a tratar de anunciar y cuya profundización escapa o trasciende de este trabajo.

Ahora bien, el alcance y posibilidades del ejercicio de la competencia legislativa propia de la Comunidad Autónoma Vasca no se deriva solamente del contenido del artículo 10-5 del texto estatutario, sino también del artículo 149-1-8 de la Constitución, que regula las competencias exclusivas del Estado y en donde, de manera expresa, se reserva en favor de las Comunidades Autónomas la fijación de las propias fuentes del Derecho civil foral o especial.

Es decir, que la Comunidad Autónoma Vasca tiene competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral o especial.

Pero a la hora del análisis del alcance de esta competencia no podemos olvidar que el derecho que emana de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas forma parte del ordenamiento jurídico, que es uno, y que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (art. 9-1 del texto constitucional).

Será preciso analizar previamente cuáles son los principios que emanan de la Constitución y que informan el ordenamiento jurídico civil, al objeto de ver el alcance que dicho condicionamiento establece en orden al desarrollo del ordenamiento civil, foral o especial y, más concretamente, cuál es el concepto de Derecho civil que establece la Constitución y el alcance que dicho texto da al Derecho civil foral o especial.

En suma, el concepto de Derecho civil, de Derecho civil foral o especial, está íntimamente vinculado al concepto que del Derecho en general se haya establecido en el texto constitucional.

En la Constitución, el concepto del Derecho está claramente marcado por la impronta de un liberalismo mitigado por las nuevas concepciones sociales, en las que se advierte una in-

(1) Art. 149-8 de la Constitución Española de 1978

tervención tuteladora del Estado en amplios sectores de desarrollo social, cuyo desarrollo más o menos marcado hacia posiciones de corte tradicional o social dependerá de la influencia de las fuerzas políticas en juego en los órganos de decisiones...(2).

Las tradicionales esferas de tratamiento del Derecho civil en orden a la persona, la familia y la propiedad, sin duda alguna y en base al proyecto que resulte del desarrollo del texto constitucional, serán objeto de revisión (3).

Aun cuando todavía está por plantearse dicho desarrollo y, por tanto, no podemos realizar una definición concreta del concepto del Derecho civil, plasmado en la Constitución, sí podemos señalar las orientaciones que parecen deducirse de su programación en cuanto que de manera expresa el texto hace referencia a una revisión de instituciones que afectan a nuestra disciplina.

II. ¿Cuál es el concepto de Derecho Civil y de Derecho Civil Foral y Especial que consagra el texto constitucional español y el Estatuto de Autonomía del País Vasco?

Afirma Díez Picazo (4) que «toda disciplina jurídica se encuentra en un enlace tan íntimo en el momento histórico de su desarrollo, que éste deja sobre ella marcada una impronta indeleble. Por esto, al preguntarnos por la esencia y por el modo de ser del Derecho civil actual no podemos dejar de encuadrarlo en su tiempo, lo cual añade una nueva dificultad, porque el tiempo presente es tiempo de crisis». Ahora bien, entendemos que cuando hablamos de crisis nos estamos refiriendo a lo que la vida histórica tiene de cambio, o como dice Ortega y Gasset (5), «la crisis es un peculiar cambio histórico».

(2) PECES BARBA, Gregorio: *La nueva Constitución española desde la filosofía del Derecho*, en «Documentación Administrativa» *La Constitución española de 1978*, Madrid 1978, p. 26 y n.16.

- LA LINDE ABADIA, Jesús: *Ubicación histórica de la Constitución de 1978*. en «Estudios de la Constitución Española de 1978». Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, pp. 11 y ss.

- GALINDO AYUDA, Fernando: *La fundamentación filosófica de los Derechos Fundamentales de la Constitución española de 1978*, en «Estudios de la Constitución Española de 1978». Facultad de Derecho de Zaragoza, pp. 89 y ss.

-Tomás Ramón Fernández: *El problema de los límites de la potestad legislativa regional*, en «Documentación Administrativa», núm. 182, 1979, pp. 11 y ss.

- Elías Díaz: *Estado de derecho y sociedad democrática. «Cuadernos para el Diálogo»*. Libros de bolsillo, 7ª edición. Madrid 1979, pp. 30 y ss., 97 a 106 y 127.

- Garagorri, Paulino: *Libertad y desigualdad*. «Alianza». Madrid 1978.

- Poulantzas, N.: *La crisis del Estado*. Barcelona 1977.

- BARCELONA HART, MÜCKENBERGER: *Capitalismo monopolítico y cultura jurídica*. «Cuadernos Civitas». Ed. Civitas, 1977.

(3) HERNANDEZ GIL, Antonio: *Reflexiones sobre el futuro del Derecho civil*. Ateneo, Madrid 1958. Propugnan las siguientes directrices:

1.—Atenuación del principio de la autonomía de la voluntad.

2.—Rectificación y humanización del alcance de la fuerza obligatoria del contrato.

3.—El contrato como instrumento de cooperación.

4.—Moralización de las relaciones contractuales.

Desde una posición crítica a las corrientes socializadoras y en defensa de una posición liberal, puede verse: HAYEK, Friedrich A.: *Camino de servidumbre*, «Alianza Universidad» 1977, núm. 676, y los *Fundamentos de la libertad*. Unión Editorial. Madrid 1978.

(4) DIEZ PICAZO, Luis: *El sentido histórico del Derecho civil*. Separata de la Revista General de Legislación Jurisprudencia, Noviembre 1959. Madrid, pp. 4 y ss.

(5) ORTEGA Y GASSET, José: *Esquema de la crisis*. Obra completa, t. v, y *En torno a Galileo*. Madrid 1956, pp. 69 y ss.

Sobre una visión de la crisis actual, en el sentido de cambio, véase: POULANTZAS, Nicos: *Las transformaciones actuales del Estado. La crisis política y la crisis del Estado, en la crisis del Estado*. Libros confrontación, núm. 9, Barcelona 1977, pp. 33 y ss.

Esta crisis, o mejor dicho, este dinámico cambio alcanza fundamentalmente al hombre de nuestro tiempo y, con él, a todas las instituciones básicas de carácter político, social, económico, jurídico (6).

Precisamente por ser el Derecho civil una rama del Derecho ligada íntimamente al ámbito de las personas, los profundos cambios de todo orden que viene sufriendo nuestra sociedad le afectan de manera extraordinaria al ser más llamativos (7).

En el momento presente venimos utilizando los conceptos y las normas elaboradas tras un largo proceso histórico y plasmados en los Códigos Civiles de finales del siglo XIX, conforme al pensamiento de la época en que tales principios fueron interpretados.

Ahora bien, no puede olvidarse, a la hora de analizar esos principios consagrados en los textos del siglo pasado, y fundamentalmente en el Código Civil, que existe un principio fundamental que subyace en el entramado que lo constituye y que si ha respondido a razones de orden dogmático, que debe estar presente en la elaboración conceptual del Derecho y fundamentalmente del Derecho civil, ha soslayado el otro de los aspectos fundamentales que debe presidir la elaboración de tales conceptos, como es el carácter historicista del Derecho y especialmente del Derecho civil, en cuanto éste es producto de una elaboración histórica constante y debe ser expresión del medio cultural en que se desarrolla y al que debe servir (8).

Las razones de orden práctico propugnadas por Thibaut (9), que aconsejaba la redacción en Alemania de un Código General, se han demostrado insuficientes. El utilitarismo tan en boga en la elaboración de los códigos decimonónicos se ha demostrado «artificial», como lo demuestran los hechos posteriores y los más recientes que estamos viendo, en los que se apunta una revisión de instituciones jurídicas que, basadas en el Derecho Romano, han resultado fuertemente contestadas en amplios sectores de nuestra sociedad (10), sin perjuicio de que cuando se elaboró el Código Civil español, en base a una supuesta concepción utilitaria, subyacía una enorme carga política, como lo ha demostrado claramente Roca i Trias (11).

(6) DIEZ PICAZO, Luis: *El sentido histórico del... ob. cit.*, p. 5; ver la nota 7.

— CASTAN TOREÑAS, José: *Crisis mundial y crisis del derecho*. Reus, Madrid 1961.

(7) Sobre la incidencia de los actuales cambios en el Derecho civil, véase: HERNÁNDEZ GIL, Antonio; *Reflexiones sobre el futuro del Derecho civil*. Col. «O crece o muere». Ateneo Madrid 1958, y VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Sociedad de masas y Derecho*. Taurus. Madrid 1969.

(8) Sobre el sentido del Derecho civil véanse: DIEZ PICAZO, Luis: *El sentido histórico del Derecho civil*. Separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid 1959.

(9) THIBAUT ANTON, Friedrich: *Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania*, en «Thibaut Savigny». La Codificación. Aguilar, 1970, p. 21.

(10) La reforma de 2 de mayo de 1975 del Código Civil en España afectó a la modificación del régimen económico conyugal, aproximándolo a la regulación del Derecho llamado foral. Sobre el particular y en cuanto a dichos Derechos y a la regulación del tema en el Derecho comparado, véase mi trabajo: *La reforma de 2 de mayo de 1975 y el artículo 831 del Código Civil*, en la Revista General de Derecho (en prensa).

(11) ROCA I TRIAS, Encarna: *La codificación y el Derecho foral*, en Revista de Derecho privado, julio-agosto 1978. pp. 596 a 642.

Por nuestra parte, entendemos que lo que ocurre al redactarse el Código Civil respecto a lo que hoy se han llamado Derechos forales, se manifiesta regularmente en la historia del Derecho Castellano. Su más claro reflejo lo tenemos en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, que es la primera manifestación de la unificación del Derecho territorial castellano, aunque en la teoría lo que se hizo fue establecerlo como Derecho supletorio de segundo grado, detrás de los fueros municipales. Ante la falta de desarrollo de éstos, por carecer de los órganos adecuados, dicho Derecho castellano desplazó en la práctica a los fueros municipales, constituyéndose en derecho de primer grado y, a través de él, se introdujo el Derecho Romano de la recepción plasmado en las Partidas.

Este fenómeno, que por su proximidad lo vemos claramente reflejado en la contraposición Derecho civil del Código Civil y Derechos forales, se manifiesta de manera clara en los territorios que estaban integrados dentro de la órbita del Reino castellano, sobreviniendo algunas manifestaciones concretas, centradas en determinadas particularidades de gran arraigo en algunas zonas de configuración política particular, que se plasmaron norma-

La pretendida unificación del Derecho civil lo alejaba de sus específicos fines para tratar de convertir el Derecho Castellano en Derecho Común.

Señala Hernández Gil (12) que, «cierta medida, la transformación del Derecho civil es el reflejo de lo que en el total ordenamiento jurídico, o en otros sectores de éste, se está llevando a cabo. Pero en cierta medida también se advierte, asimismo, una intrínseca, interna mutación del Derecho civil. Establecer la línea de separación es muy difícil, ni siquiera creo que exista. Pero lo que sí puede decirse es que la más general transformación del Derecho, con cumplido reflejo en el Derecho civil, se presenta bajo el signo de los social: Derecho social, socialización del Derecho» (13).

Ahora bien, aceptando como una realidad la nueva forma que como consecuencia de la transformación de todo orden se viene produciendo en el Derecho civil, apuntada por Hernández Gil, que tiene su expresión directa en el desarrollo de la regulación de sus instituciones, se plantea al jurista, como dice Díez Picazo (14), un reto o desafío cada vez más agudo, y creciente, consistente, obviamente en averiguar cómo se interrelacionan los cambios sociales y los cambios jurídicos, o dicho de otro modo, en esbozar una teoría de cambio jurídico.

Ruiz Vadillo (15) se formula la pregunta: «¿De qué manera repercute el cambio social en el ordenamiento jurídico?».

Hernández Gil (16) ha señalado que en el primer plano de la actividad del jurista aparece el material normativo que le suministra el derecho positivo de que se trate. Opera en un cierto grado de vinculación con respecto de él... En todo caso, vinculación no es sumisión literal o irreflexión (17).

Se plantea, por tanto, el problema de la verdadera misión del jurista y de su actividad creadora y crítica, o si debe entenderse que debe adoptar una posición laica en el orden doctrinal y constituirse en un mero técnico y, en suma, negar la categoría de ciencia al Derecho.

tivamente en Vizcaya, mientras que en otras zonas de igual o parecida base social, como Guipúzcoa, y con idénticos planteamientos y soluciones, por circunstancias de orden interno quedaron relegadas a la mera manifestación consuetudinaria, sin posibilidad de su desarrollo y evolución que, sin embargo, se mantiene reducido al ámbito de la Casa y adecuándose en su manifestación formal a las exigencias de una legislación hostil a su supervivencia. Sobre el particular, véase NAVAJAS LAPORTE. Alvaro: *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*. Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones, S.A. San Sebastián 1975.

(12) HERNANDEZ GIL, Antonio: *Reflexiones sobre el futuro del Derecho civil Ob. cit.* pp. 8 y ss. Se trata, en suma, de una nueva toma de contacto del Derecho con la justicia: justicia social. El derecho social revisa dos conceptos capitales de la ordenación jurídica: igualdad y libertad, pp. 9 y 10.

(13) HAYEK, Friedrich A.: *Democracia, justicia y socialismo*. Unión Editorial, S.A. Madrid 1977, pp. 37 y ss., afirma: «Descubrir el significado de lo que llaman «justicia social» ha constituido una de mis grandes preocupaciones durante diez años. Confieso mi fracaso en el empeño, o más bien mi conclusión de que referido a una sociedad de hombres libres, la expresión carece de sentido.

(14) DIEZ PICAZO, Luis: *Experiencias jurídicas v teoría de/ Derecho*. Ariel Barcelona 1975. p. 302.

(15) RUIZ VADILLO, Enrique: *Esquema sobre una posible revisión del Código Civil*, en Anuario de Derecho Civil, 1979 t. XXXII, F 1, enero-marzo, p.18.

(16) HERNANDEZ GIL, Antonio: *Metodología de la ciencia de/ Derecho*, vol. I, Madrid 1971, pp. 405 y ss.

(17) Entiendo que la misión del jurista no está sólo en investigar los cambios normativos que la suministra el Derecho positivo para armonizarlos y desarrollarlos dentro de dicho ámbito, lo que supone, en cierta medida, aceptar los planteamientos ideológicos que subyacen en dichos cambios normativos. RIPEP (*Evolución y progreso del Derecho*, en «Crisis del Derecho», E.J.E.A., Buenos Aires 1953, p.14) afirma que el Derecho es creado por el poder, pero que, superando el positivismo elemental del jurista, debe investigar bajo la influencia de qué fuerzas creadoras del Derecho se ha de entender, no la fuerza del poder, sino todas las causas morales, políticas, económicas e ideológicas que concurren al movimiento de la norma jurídica. El Derecho, continúa, es la ciencia del orden establecido: es, pues, esencialmente una norma estática. Sobre este interesante problema véase: LORENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho Civil* Barcelona. Última edición 1980.

Piero Calamndrei (18) señala que las leyes son la cristalización y el precipitador químico de las fuerzas políticas; lo que se deposita en el fondo del alambique en que bullen y chocan las corrientes políticas. Al hacer referencia a los tiempos de cambio, plantea Calamndrei los problemas que suponen adecuar las viejas leyes a las realidades sociales y el esfuerzo que debe realizar el jurista para llevar adelante esa adecuación, Parte, por tanto, de una posición decidida y combativa del jurista que debe ser fiel a su tiempo y, asimismo, en su análisis (cambio producido en Italia después de la caída del régimen fascista) da por buena frente, por ejemplo, a Scialoja, que las fuerzas políticas han sido fieles a las exigencias de su tiempo.

Es decir, adopta una actitud crítica e ideológica activa.

En este sentido entiendo que nuestra misión no debe ser aceptar como dogma de fe lo que las fuerzas políticas en este momento han plasmado como material normativo, en el que subyace la ideología dominante y que puede ir evolucionando en la dinámica del desarrollo histórico, en función de la diferente correlación de fuerzas que en los distintos momentos se den a la hora de producirse las consultas al electorado (19).

Y es precisamente en este momento concreto donde la voz del jurista debe hacerse oír, al objeto de marcar la orientación que, en aras de la misma, debe presidir la tarea del legislador (20), al objeto de colaborar en la función de reajuste del ordenamiento jurídico, adaptándolo a los cambios sufridos por nuestra sociedad en todos los órdenes (21).

Precisamente es en el campo del Derecho civil donde los cambios sufridos en el ordenamiento jurídico van a ser más acusados, y no sólo por la incidencia de los cambios ideológicos, sino de los económicos, de los técnicos y, fundamentalmente, de los hábitos sociales.

La aparición de factores objetivos nuevos, como las ciudades macrocósmicas, la despo- blación del campo, la llamada liberación de la mujer y la rebelión juvenil, la socialización de

(18) CALAMNDREI, Piero: *Crisis de la justicia*, en «Crisis del Derecho». E.J.E.A. Buenos Aires 1953, p. 314.

(19) En el fondo de todo planteamiento filosófico jurídico subyacen diferentes concepciones de la justicia. El debate, hoy, está centrado entre igualdad y libertad. La libertad como modo para alcanzar la igualdad, y vice-versa. Ver: R. AARON: *Libertad e igualdad*. Alianza Editorial. Sección Humanidades. Madrid 1978.

(20) RIPERT, Georges: *Evolución y progreso del Derecho*, *Ob. cit.*, pp. 30 y 31.

«Si el Derecho tiene por objeto, como lo creo, hacer reinar el orden en la sociedad, el verdadero progreso del Derecho consiste en dar nuevas reglas «sólo con el fin de asegurar un orden mejor. De ahí la necesidad de reglas de carácter abstracto y permanente, expresadas con claridad, acompañadas de sanciones eficaces. Cuando las condiciones materiales de la vida y las propias costumbres de los hombres cambian, estas reglas deben modificarse. «Las leyes se hacen con el tiempo, decía Peralis; a decir verdad, uno no las hace».

Este orden social sólo podría establecerse y durar si diese satisfacción a un ideal de justicia. Una regla de Derecho por sí misma no es ni justa ni injusta, pero mantiene la justicia o permite la injusticia. En el momento presente ya no se habla en las asambleas que legislan de la idea de justicia. La justicia, se dice, no es más que una virtud moral, y la concepción de la justicia es puramente individual. No obstante, hay en la humanidad un sentimiento de justicia, y la antigüedad grecolatina, luego el cristianismo, han dado a nuestras sociedades occidentales una idea de la justicia común a todos. Los romanos la habían afirmado en dos frases: *neminem laedere, suum quique tribuere*. El Derecho progresa en la medida en que las leyes impiden dañar al prójimo y aseguran a cada uno lo que le es debido y, en la comunión, en un ideal común de justicia, que es tanto el de Francia como el de Italia, los juristas tienen el honor de defender la civilización, de combatir los peligros que le amenazan.»

(21) DIEZ PICAZO, Luis: *Exposiciones jurídicas y teoría del Derecho*, *Ob. cit.*, pp. 309 y ss., señala que los cambios pueden ser: político en el orden constitucional; legislativo, tecnológico, económico e ideológico. Añade: «El cambio social, bien sea un cambio tecnológico, bien sea un cambio ideológico, determina un cambio en el ordenamiento jurídico. No es que el ordenamiento jurídico deba cambiar. Es que ha cambiado ya... si el legislador está atento a los signos de los tiempos y se pliega a ellos, la ley que se inscribe en la corriente de estos signos cumple un papel importante como instrumento de dinamización del cambio. Una ley contribuye siempre a crear unos hábitos y unas estructuras mentales, mediante las cuales el cambio es favorecido» (pp. 319 a 321).

nuestra sociedad como realidades previstas, imponen una profunda reflexión y un tratamiento audaz y nuevo de todo el Derecho y fundamentalmente del Derecho civil (22).

En este sentido y desde el punto de vista político, dicen Díez Picazo y Guillen (23) que el Código Civil español aparece como una obra inspirada en la ideología predominante de la época en que se llevó a cabo. Reconoce el derecho de propiedad como un derecho fundamental (art. 348) y establece la libertad contractual como un principio básico (art. 1.255). Como una herencia de las tendencias burguesas, recibe el Código la preocupación de mantener la libertad de comercio de la tierra, suprimiendo o, por lo menos, limitando las vinculaciones y las trabas que puedan impedir las (art. 785). No puede encontrarse en el Código una preocupación social extraña a su época. La regulación de los contratos de trabajo es particularmente escasa (art. 1.584). Responde a la ideología de su época y a una estructura económica en la que el trabajo es fundamentalmente trabajo agrícola o servicio doméstico... En materia de matrimonio, el Código siguió una línea conservadora, estableciendo como principio el matrimonio canónico y admitiendo, subsidiariamente, el matrimonio civil para quienes no profesen la religión católica.

Indica Ruiz Vadillo (24) que «el Código Civil fue bueno para una época... pero hoy, en muchas de sus partes resulta inservible y en otras es servible con restricciones muy acusadas».

Se han hecho reformas parciales, tratando de adecuarlo a las nuevas exigencias de la sociedad (25), pero dichas reformas no agotan las necesidades que nuestra sociedad demanda de una regulación coherente con los nuevos postulados que se han impuesto.

Si bien esta adecuación legislativa ya ha sido apuntada en la Constitución, en cuanto que se establecen los principios de reforma en aspectos importantes (artículo 39 sobre la filiación; artículo 32 sobre el matrimonio; artículos 33 y 47 sobre la propiedad, etc.), nos interesa aquí reseñar aspectos de orden general que inciden de manera directa en nuestro estudio, y más concretamente en base a lo establecido en los artículos 2 y 149-8, sobre si la nueva orientación normativa produce un cambio sustancial en el carácter del Código Civil como derecho común general y, por último, si se ha producido alguna variante en el tratamiento de las fuentes del Derecho civil, en cuanto puede referirse a los derechos civiles de las Comunidades Autónomas (26).

La cuestión queda planteada en estos términos:

¿Es, conforme a la modificación, el título preliminar del Código Civil y la nueva regulación prevista en el artículo 179-8 de la Constitución, dicho Derecho civil, el Derecho común de los llamados derechos especiales?

(22) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Sociedad de masas y Derecho*, ob. cit., pp. 531 y ss.

— GARAGORRI, Paulino: *Libertad y desigualdad*. Alianza Editorial, Madrid 1978.

«La vida humana ha experimentado en los recientes decenios la más acelerada transformación a la que jamás se vio sometida... Pero la ineficacia de las instituciones tradicionales para encauzar los inéditos problemas que plantea el presente histórico, tenía que conducir al desbordamiento de la política» (p.7).

(23) DIEZ PICAZO Y GUILLEN: *Instituciones de Derecho civil*. V. I., pp. 43 y 55. Ediciones Tecnos, 1974.

(24) RUIZ VADILLO, Enrique: *Esquema sobre una posible revisión del Código Civil*. A.D.C. 1979. F.1, enero-marzo, p. 25.

(25) LACRUZ BERDEJO, J. Luis: *El nuevo Derecho civil de la mujer casada*. Cuadernos Civitas, 1977.

— NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *La reforma de 2 de mayo de 1975 y el artículo 831 del Código Civil* (en prensa), en la Rev. General de Derecho.

(26) Es incuestionable que está en revisión el concepto de Derecho civil. Este es uno de los mayores retos para los juristas de nuestro tiempo.

III. Derecho común y Derecho especial

El problema no es nuevo. Como señala Roca i Trías (27), en el período de la Codificación, el problema de la supletoriedad se plantea desde dos puntos de vista distintos: por una parte, se examina desde el punto de vista de la necesidad de unificar el Derecho civil en España, lo que lleva a la conclusión de que un primer paso para ello es la proclamación del futuro Código Civil como único supletorio de los derechos nacionales subsistentes, una vez promulgado el citado Código.

Por otra parte —continúa este autor—, desechada esta idea por antipolítica (28), la persistencia en la necesidad de unificar el Derecho hace que se llegue a la imposición de un nuevo derecho supletorio a los derechos nacionales, con la idea de, tras una pretendida voluntad de conservación de los sistemas forales, unificar el Derecho civil, con la progresiva implantación del Código Civil, que empezaría rigiendo como supletorio para ir integrándose en la vida jurídica de las regiones, y acabar por ser el único Derecho civil vigente en España. Se tenía la idea, que no es nueva, con el desarrollo de la historia del Derecho castellano (29), de que las regiones con Derecho civil propio lo irían postergando, para adoptar el Código Civil, que en aquellos representaba un ideal más perfecto y avanzado de leyes que los que podían aportar los derechos nacionales.

Al entrar en vigor el Código Civil, la declaración del artículo 12 supuso que se introdujeran en los sistemas forales instituciones desconocidas en dichos sistemas que luego se han incorporado a las compilaciones (30).

Con la promulgación de la reforma del título preliminar (art. 13), el problema de la supletoriedad del Código Civil como derecho común vuelve a replantearse en algunos casos, en cuanto que algunas compilaciones han establecido su propio sistema de fuentes de manera expresa, y así, Roca i Trías (31) afirma que el art. 13-2 del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que el Código se reconoce como supletorio, no después de los derechos supletorios específicos, que no existen, sino detrás del sistema de fuentes propias de los derechos regionales, recordando, en todo caso, que antes de recurrir al Derecho supletorio, el jurista catalán debe agotar la jerarquía de las fuentes que le proporciona el artículo 1 del Código Civil, aplicable en Cataluña como derecho supletorio por falta de norma compiladora, lo que, a mi juicio, podía entenderse idéntico en el caso de la compilación de Derecho civil de Vizcaya y Alava.

(27) ROCA I TRIAS, Encarna: *El Código Civil como supletorio de los Derechos nacionales*. A.D.C. 1978. F.II, p. 259.

(28) ROCA I TRIAS, Encarna: *Ob. cit.*, pp. 259, 272 y 273.

Sobre las discusiones parlamentarias en relación con el tema, véase las pp. 259 a 272 y, asimismo, el trabajo de la misma autora citado en la n. 65, así como los comentarios reseñados en la misma.

(29) Véase sobre el desplazamiento de los Derechos locales por el Derecho Real, la obra de GARCIA GALLLO, Alfonso: *Aportación al estudio de los Fueros*. A.H.D.E. 1955, y mi trabajo: *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, editada por la Sociedad de Ediciones y Publicaciones, S.A., en San Sebastián el año 1975, al referirse al ordenamiento de Alcalá, pp. 39 y ss., y su influencia en el desplazamiento del Derecho no escrito en Guipúzcoa.

(30) El ejemplo más claro en cuanto se refiere al Derecho civil vizcaíno lo encontramos en la introducción del artículo 41 de las Compilaciones, precepto que no tiene tradición foral y que, a pesar de la reforma del Código Civil, de mayo de 1975, impide a los vizcaínos cambiar de sistema de bienes en el matrimonio, que era el sistema que anteriormente tenían y que fue modificado por el artículo 41, que hoy queda desfasado.

(31) ROCA I TRIAS, Encarna: *El Código Civil como supletorio... ob. cit.*, pp. 282 y ss. *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978*. Revista Jurídica de Cataluña, núm. 1, enero-marzo 1979, pp. 7 a 36.

En este sentido Celaya (32) afirma que el artículo 12 del Código Civil, en su redacción originaria respetaba el Derecho foral escrito o consuetudinario, pero, después de la reforma de 1974, la situación es muy distinta. Conforme al nuevo artículo 13, el orden de prelación de las fuentes queda trastocado y, refiriéndose a Vizcaya y Alava, y más concretamente a la disposición final segunda de su Compilación, no se hace referencia alguna a la tradición, remitiéndose, en cuanto a las fuentes, directamente al Código Civil, no existiendo otra norma foral que la propia Compilación, con olvido total de la costumbre y tradición jurídica, e incluso de los principios generales del Derecho (33).

Según resulta de todo ello conforme al nuevo artículo 13, el orden de prelación de las fuentes del Derecho respecto a las regiones forales viene a ser la siguiente:

- 1.- El título preliminar, en cuanto determina los efectos de las leyes para su aplicación, y el título IV, libro I, con excepción de las normas relativas al régimen económico matrimonial.
- 2.- Los derechos especiales o forales, recogidos hoy en las compilaciones (34).
- 3.- El derecho supletorio foral (artículo 2-13).
- 4.- El Código Civil en su sistema de fuentes.

De ello resulta claro que, todavía, con el título preliminar del Código Civil, en la nueva redacción dada al artículo 13 se considera a los derechos forales como derechos especiales, aun cuando dichos derechos forales hayan conservado su propio sistema de fuentes (35).

(32) CELAYA IBARRA, Adrián: *Compilación de Vizcaya y Alava. Comentarios al Código Civil y Compilaciones orales*, t. XXVI. Rev. Privado, 1978, p. 438 y ss.

(33) Sobre este particular. Enrique Lalaguna, en el comentario al artículo 13 del mismo título preliminar del C. Civil dice:

«Conforme al derogado artículo 12 del Código Civil se proyecta en el campo de aplicación de las legislaciones forales en su función de *ius commune*, al citar como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de las provincias forales por sus propias leyes, o bien, conforme al artículo 13, como Derecho coexistente. Esta situación ha sido alterada. Las compilaciones, especialmente las de Aragón y Navarra, aparecen como un sistema jurídico diferente al Código, con una prelación de fuentes distinta a la establecida con carácter general en el título preliminar. Las legislaciones forales, que tradicionalmente han sido el problema de la unidad legislativa, ahora constituyen un dato de contornos bien definidos en el texto de las compilaciones. Véase: LALAGUNA, Enrique: *Comentario al artículo 13*, p. 459, en: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales». t. I, Revista de D. Privado, año 1978, t. I.

(34) Si en los Derechos forales o especiales se tiene establecido el sistema propio de fuentes del Derecho, como ocurre en los sistemas aragonés y navarro, el problema de la adecuación del Derecho a las nuevas realidades se traslada en otro campo, como es el de la producción del Derecho, pero sí, como en el caso de la Compilación de Vizcaya y Alava, no hay un propio sistema de fuentes recogido en la misma, el carácter de *ius commune* del Código civil se presenta claramente. Todo ello viene determinado, en suma, por el condicionamiento de entender el Derecho foral como Derecho especial.

Con la introducción por parte del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, de la competencia exclusiva en materia de modificación y desarrollo del Derecho civil, se plantea la posibilidad de que se establezca o restablezca el propio sistema de fuentes del Derecho civil vasco, al igual que lo dicho por Roca.

(35) El problema de la consideración del Código civil como *ius commune* no sólo se centra en lo referente a los Derechos forales o especiales, sino también a otras ramas del Derecho. Los administrativistas han replanteado el tema considerando que con la nueva redacción del título preliminar del Código Civil, la solución es otra distinta, entendiendo que el Derecho administrativo tiene la posibilidad de autointegrarse sin acudir al Derecho civil, que deja de ser *ius commune*. Véase BASOLS COMAS, Martín: *Reflexiones sobre el nuevo título preliminar del Código Civil*, en Rev. Española de Derecho Administrativo, núm. 11, octubre-diciembre 1978, p. 601.

IV. La situación del Derecho civil vasco en la Constitución de 1978 y en el Estatuto de Autonomía

Hasta la Constitución de 1978, el problema de los Derechos forales se centraba en la falta de fuentes de producción del Derecho y de renovación del mismo, problema que tiene un giro de 180 grados en la regulación que sobre las fuentes de producción y referido a los derechos forales (36).

Ahora bien, ¿cuál es la situación de las fuentes del Derecho respecto de la Comunidad Autónoma Vasca en base a lo previsto en el apartado 8 del artículo 149-8 de la Constitución?

El artículo 149 hace relación de las materias que son competencia exclusiva del Estado, estableciendo la salvedad de «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existen (37).

El apartado 8 del artículo 149-1 establece, al referirse a las fuentes del Derecho:

«En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, base de las obligaciones contractuales, normas para resolver conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho con respecto, en este último caso, a las normas del Derecho foral o especial.»

Sin perjuicio del análisis que luego haremos, comparando el alcance de este texto en relación con el artículo 10-5 del texto estatutario vasco, vamos a seguir, ahora, refiriéndonos al problema de las fuentes del Derecho.

En el texto constitucional transcrito (149-8), respecto al tema de las fuentes del Derecho se emplean los términos «determinación de las fuentes del derecho», en cuanto que esa determinación la atribuye al Estado, es decir, que esa determinación de las fuentes del Derecho no tiene orden Constitucional, sino que es un tema de la exclusiva competencia del Estado y se desarrolla por medio de la legislación ordinaria. en el caso del Derecho civil se hará conforme lo establece el Código Civil (artículo 1): mientras no se determine por el Estado otra cosa, mediante ley (38).

Pero es que además, el último inciso del artículo 149.8 del texto constitucional, al referirse a los Derechos forales o especiales se reserva el derecho de la determinación de las fuentes, pero restando las normas de Derecho foral o especial.

La ambigüedad u oscuridad de la redacción del texto dará lugar a múltiples interpretaciones.

De todas formas, deben tenerse en cuenta desde nuestro punto de vista las siguientes consideraciones:

(36) Véase ROCA I TRIAS, Encarna: *El Derecho civil catalán en la Constitución* de 1978, Revista Jurídica de Cataluña, núm. 4, enero-marzo de 1979, y en particular, pp. 21 y ss., donde se analizan los precedentes del actual artículo 149-1-8 de la Constitución.

(37) El artículo 10 del Estatuto vasco, apartado 5, establece: La comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: «5.- Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario, propio de los territorios históricos que integran el País Vasco, y la fijación del ámbito territorial de su vigencia». Como se verá, se sigue manteniendo la terminología de Derecho especial referido al Derecho foral, aunque Roca i Trias entiende que lo es solamente a efectos identificativos.

(38) En idéntico sentido. DIEZ PICAZO, Luis: *Constitución y fuentes del Derecho*. Civitas. Rev. Esp. de D. Administrativos, núm. 21, abril-junio 1979, pp. 192 y 193.

1. Como se ha dicho antes, la determinación de las fuentes del Derecho no tiene carácter Constitucional sino que compete su determinación al Estado, y en este caso habrá que estar a lo que establece el Código Civil en su artículo 1º.

2. El concepto de ordenamiento jurídico plasmado en la Constitución tiene un carácter abierto, no se agota con la misma (39).

3. El Derecho estatal tiene carácter supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas (art. 149-3, in fine).

En este sentido debe tenerse en cuenta, a la hora de interpretar el alcance de la determinación de las fuentes del Derecho en el ámbito de las Comunidades Autónomas Vascas, lo establecido en el artículo 4.3 del Código Civil:

«Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.»

Si ponemos en relación el artículo 81 de la Constitución, que establece el carácter de ley orgánica a las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el artículo 10-5 del Estatuto Vasco, en cuanto que hace referencia a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil foral y especial, escrito o *consuetudinario*, propio de los territorios históricos que integran el País Vasco, y la fijación del ámbito territorial de su vigencia, se plantean múltiples problemas que se hace necesario afrontar y que, a mi juicio, obliga a replantear el anterior enfoque y tratamiento que al tema del Derecho civil del País Vasco se venía dando en la compilación y en el Código Civil.

En este sentido, no debe olvidarse que la Constitución prevé dos tipos de comunidades autónomas, como son aquellas que tienen asamblea legislativa y aquellas otras (40) que no la tienen, pero a las que la Constitución no prohíbe que la tengan.

Cualquiera que sea la solución que se dé a la polémica que sobre el particular ha surgido, polémica promovida por aquellas comunidades que han sido llamadas de segundo grado, reclamando una interpretación del texto Constitucional que favorezca la creación de asambleas legislativas en las Comunidades Autónomas de segundo grado, lo cierto es que dicho problema no incide de manera directa en el desarrollo de nuestro estudio, habida cuenta que la Comunidad Autónoma Vasca, en base al Estatuto de Autonomía aprobado por referéndum el día 25 de octubre de 1979, tiene competencias legislativas propias (art. 10); legislativa de desarrollo, legislativa de ejecución (art. 11).

Pues bien; reconocida la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma Vasca y la exclusiva de la misma para conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los territorios históricos, se entra de lleno, en base al inciso último del artículo 149-8 de la Constitución, en la problemática de la posibilidad de creación de las propias fuentes del Derecho en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

En este sentido, Díez Picazo (41) dice: «Los Derechos forales o especiales podrán establecer su propio sistema de fuentes y su propio orden de fuentes que el Estado habrá de respetar, pero este especial sistema y ordenación de las fuentes sólo tendrá aplicación interna

(39) DIEZ PICAZO, Luis: *Constitución y fuentes. ob. cit.*, pp. 189 y ss.

(40) Sobre el tema de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas puede consultarse: MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas Civitas*. Madrid 1979, pp. 25 y 26.

(41) DIEZ PICAZO, Luis: *Constitución y fuentes del., ob. cit.*, p. 193

dentro de los específicos ordenamientos forales y no podría nunca modificar el sistema de relaciones entre el Derecho general del Estado y el Derecho común» (42).

Cabe concluir, por tanto, que las Comunidades Autónomas, en materia de Derecho foral o especial, pueden crear su propio sistema de fuentes del Derecho civil, manteniéndose como supletorio el Derecho estatal.

Ahora bien, se da la circunstancia de que en los diferentes territorios donde extiende el ámbito de su competencia la Asamblea legislativa del País Vasco, hay dos en las que existe Derecho foral o especial escrito (Alava y Vizcaya), en parte de sus respectivos territorios, y en otro (Guipúzcoa) rige el Código Civil. Pero es que además, conforme a la disposición final segunda de las Compilaciones (43) de Derecho civil de Vizcaya y Alava, el Derecho del Estado tiene carácter de norma de primer rango en unos casos, y en otros, de rango de derecho supletorio.

Se vuelve, una vez más, a plantear el problema de las relaciones entre el Derecho general del Estado, el Derecho común, empleando la terminología al uso, y los Derechos forales especiales.

También se plantea el problema de la determinación del alcance en lo civil de Derecho foral y especial y, asimismo, el alcance de la competencia que en esta materia asume la Comunidad Autónoma Vasca.

De todas formas, lo que sí resulta evidente es que dentro del ordenamiento jurídico del Estado entran los desarrollos legislativos de las Comunidades Autónomas, quienes pueden establecer su propio sistema de fuentes, siendo el supletorio, de los establecidos por las Comunidades Autónomas, el Derecho estatal, que, de esta forma y para el sistema normativo del Derecho vasco, pasa a ser supletorio de todo el sistema que se cree (44).

Sin embargo, todo ello puede quedar limitado en base a la competencia de las Cortes Generales en relación con el interés general y los tratados internacionales (45).

V. Derecho civil y Derecho foral y especial vasco y ámbito de aplicación

De lo dicho en líneas anteriores, resulta evidente que la Comunidad Autónoma Vasca tiene competencia legislativa exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral o especial, escrito o consuetudinario propio de los territorios históricos que integran el País Vasco y para la formulación de sus propias fuentes.

(42) El tema, como puede verse, tiene una importancia excepcional y ya ha sido objeto de estudio, aunque no existe unanimidad en las conclusiones, fundamentalmente, porque se ha entendido que la Constitución limita el alcance legislativo en esta materia exclusivamente a las Comunidades Autónomas, donde existe Derecho civil foral o especial. Ello será objeto de análisis más adelante.

(43) Compilación de Derecho civil de 30 de julio de 1959. Disposición final segunda: «En lo no previsto en esta ley y en tanto no se oponga a ella, se aplicarán directamente en el Infanzonado de Vizcaya y en el territorio foral de Alava, el Código Civil y las leyes que se declaren vigentes».

Sobre el alcance de esta disposición, véase CELAYA IBARRA, Adrián: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidas por Manuel Albadalejo, t. XXVI, «Compilación de Derecho civil de Vizcaya y Alava». Revista de Derecho Privado. Edersa. Madrid 1978, pp. 438 y ss., y CELAYA IBARRA, Adrián: *El derecho foral de Vizcaya en la actualidad*. Edición de separada de la Gran Enciclopedia Vasca. Bilbao 1970.

(44) La Asamblea de Jaca, del Instituto Español de Derecho Foral, de 29 de agosto de 1979, acordó reclamar para las Comunidades Autónomas las competencias legislativas necesarias para revisar su Derecho Privado.

(45) Art. 149-1-3 y 150-3 de la Constitución Española de 1978. Ver RAMIRO BROTONS, A.: *La actitud exterior del Estado y las Comunidades Autónomas*, en Estudios de la Constitución Española de 1978. Facultad de Derecho de Zaragoza, p. 367.

El problema se plantea ahora en otros términos y más concretamente en el de si la competencia a que se refiere el artículo 149-8 de la Constitución desarrollado por el 10-5 del Estatuto se concreta solamente en la posibilidad de actualización de la compilación de Derecho civil de Vizcaya y Alava, partiendo de los presupuestos institucionales contenidos en la misma, habida cuenta, en este último caso, que el artículo 149-8 de la Constitución establece a priori una limitación que no ha sido recogida en el artículo 10-5 del Estatuto, en cuanto que aquélla emplea la frase: «allí donde existan», mientras que en éste parece haber superado tal limitación.

Nos inclinaremos por la interpretación de que en la Constitución desaparece definitivamente el llamado Derecho foral civil, para pasar a ser Derecho civil de la Comunidad Autónoma, tratándose, en suma, como señala Roca i Trias (46), la utilización del término foral en la Constitución a una reminiscencia histórica.

Por otro lado, la reserva que el Estado realiza en relación con las reglas relativas a la aplicación de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, respetando en este último caso a las normas sobre fuentes de Derecho foral o especial, unido al reconocimiento de la competencia de la Comunidad Autónoma para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral y especial, no sólo escrito, sino también el consuetudinario, propio de los territorios históricos así como la competencia para la fijación del ámbito territorial de su vigencia, nos lleva a la conclusión de que la frase «allá donde existan» no se limita al ámbito de las actuales compilaciones, sino al más amplio de todo el territorio de las Comunidades Autónomas, que podrán estructurar su propio Derecho civil (47).

Esta interpretación se ajusta, además, al contenido de la disposición adicional primera de la Constitución, en cuanto que permite la actualización general del régimen foral en el que entra el Derecho civil (48), por parte de las Comunidades Autónomas, bien entendido, a través de sus órganos de producción del Derecho.

VI. A modo de breves conclusiones

Primera.- La Comunidad Autónoma Vasca tiene competencias legislativas propias, en general, en las materias contenidas en el artículo 10 del texto estatutario.

(46) ROCA I TRIAS, Encarna: *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978*. Revista Jurídica de Cataluña, núm. 1, 1979, p.25.

(47) Sobre el alcance del artículo 149-1-8 del texto constitucional, en relación con las competencias de las Comunidades Autónomas en esa materia y las posibles interpretaciones, véase DELGADO ECHEVARRIA, Jesús: *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, en Estudios sobre la Constitución Española de 1978. Facultad de Derecho de Zaragoza, 1979.

Este y no otro es el verdadero alcance del artículo 10-5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco. Otra interpretación significaría limitar las competencias del Parlamento Vasco.

(48) Delgado Echevarría, Jesús: *Ob. cit.*, p. 339. Se inclina por la interpretación amplia del término D. forales o especiales del artículo 149-1-8, y trae a colación la enmienda que propuso Solé Tura, recogida en el D.S. del Congreso de 1978, núm. 90, p. 3.318, que sustituía el término Derechos forales por Derechos civiles especiales o forales y las motivaciones dadas para su aceptación.

Sobre el concepto de Derecho foral civil vasco, véase CELAYA IBARRA, Adrián: *El Derecho vasco hoy*. Ponencia leída en la Asamblea General de la Sociedad de Estudios Vascos, celebrada en Oñate el 17 de septiembre de 1978, recogida en la publicación de la Memoria de la Sociedad de Estudios Vascos de 1978.

Sobre el intento de Guipúzcoa del reconocimiento de sus propias particularidades jurídicas civiles, véase mi trabajo: *La ordenación consuetudinaria...ob. cit*

En el momento de la corrección de las galeradas éstas, se ha publicado un interesante trabajo de Carlos LASARTE: *Autonomías y Derecho Privado en la Constitución Española*. Editorial Cintos, S.A. Madrid 1980.

Sin embargo, en el desarrollo de esas competencias legislativas debe tenerse en cuenta la existencia de una serie de condicionamientos y limitaciones derivadas del concepto de Estado, plasmado en la Constitución española de 1978, concretados en el principio de la preminencia del Estado, el principio del interés general, el límite de la cláusula residual.

Asimismo, y además de los límites técnicos a que se ha hecho referencia en base al concepto de Estado consagrado en la Constitución, existen otros de carácter general derivados de la necesidad de la adecuación de la competencia legislativa propia de la Comunidad Autónoma Vasca, al concepto del Derecho plasmado en la Constitución, al concepto de ordenamiento jurídico derivado de la misma, al principio del respeto por parte de la Comunidad Autónoma de las obligaciones internacionales del Estado.

Por último y dentro de estas limitaciones, debe tenerse en cuenta la remisión que en diversos párrafos del artículo 10 del texto estatutario vasco se hace a la llamada Ley Marco, prevista en diferentes materias del artículo 149 del texto constitucional.

Segunda.- La falta de regulación expresa por parte de la Constitución de la situación que se crea en el período transitorio, creará serios problemas, que podrán ser templados en función de la disposición transitoria segunda del texto estatutario, siempre y cuando la Comisión mixta a la que se hace referencia en dicha disposición segunda realice una labor de rápida adecuación.

Sin embargo, habida cuenta de la situación presente y la falta de funcionamiento inmediato del Tribunal Constitucional, no evitará la situación de conflicto a que dará lugar la interpretación del texto estatutario, en función de la diferente valoración de fuerzas políticas previsible en la Comunidad Autónoma Vasca respecto a la correlación existente en el Parlamento de Madrid.

Tercera.- En función de la remisión o remisiones realizadas a la ley marco por el artículo 10 del Estatuto de Autonomía, la real cota de autogobierno vendrá definida en el contenido de las leyes marco y orgánicas que se dicten por el Parlamento central, estando presidiendo tal situación el principio fundamental consagrado en el artículo 150-3 del texto constitucional.

Cuarta.- La Constitución consagra un nuevo planteamiento del Derecho civil, pudiendo entenderse que se ha abandonado la idea de la unificación del mismo, admitiéndose una pluralidad de ordenamientos civiles.

Los Derechos forales dejan de tener el carácter de especiales para ser ordenamientos comunes dentro de las diferentes Comunidades Autónomas, teniendo las comunidades legislativas de estas competencias para realizar una nueva ordenación de sus respectivos derechos civiles, dentro de los límites siguientes:

En primer lugar, el límite general establecido en el artículo 149-1-8 del texto constitucional,

En segundo lugar, como límites de orden general están presentes los mismos límites reseñados en la conclusión primera, en cuanto que existe el principio de la preminencia del Derecho del Estado, base para el interés general, el límite de la cláusula residual, la concepción del derecho y del ordenamiento jurídico plasmado en la Constitución, que habrán de respetar los Derechos civiles de las Comunidades Autónomas y, por último, el límite de las obligaciones internacionales del Estado.

Quinta.- Las conclusiones anteriores, a mi juicio, permiten concluir que las compilaciones quedan como algo correspondiente al pasado y que, por tanto, se ha de partir de un hecho nuevo, buscando la regulación en materia civil de las verdaderas realidades jurídico-civiles de

las diferentes Comunidades Autónomas, y no sólo en cuanto a la conservación, sino que la competencia alcanza a la modificación y desarrollo dentro de los límites antes apuntados.

En este sentido hay dos circunstancias de gran importancia que deben ser resaltadas.

En primer lugar, el reconocimiento por parte del texto constitucional en el orden civil a las Comunidades Autónomas de un propio sistema de fuentes del Derecho.

En segundo lugar, la existencia, lo que es tan importante de un propio medio de producción del Derecho como es la existencia de una Asamblea legislativa con competencia sobre la materia, lo que conduce a la conclusión de que ya no estamos ante una situación de mera subsistencial, del propio Derecho civil, sino ante una situación nueva de creación y desarrollo de nuestro propio sistema dentro de los límites indicados del Derecho civil.

Sexta.- Todo ello impone la necesidad de un profundo estudio de las realidades presentes, con una previsión de la evolución de cara al futuro en orden a la búsqueda de una ordenación armónica de las realidades existentes dentro del ámbito de la Comunidad.

Todo ello al objeto de preparar los estudios precisos con el fin de, sin interferir en el juego de las fuerzas políticas, dar a éstas los elementos necesarios para que, sin perjuicio de las interpretaciones que las mismas realicen de las realidades sociales, en función de sus propios planteamientos ideológicos, puedan tener conocimiento de las concepciones que en el orden técnico-jurídico existen en nuestra sociedad, al objeto de buscar una ordenación correspondiente y adecuada a la realidad.

DEBATE SOBRE LA PONENCIA ANTERIOR

Después de esta Ponencia se produjo un breve debate, con intervención de los Sres. La-cruz Berdejo, Encarna Roca, Jesús Delgado, D. Alvaro Navajas, etc., acordándose redactar unas conclusiones, para lo cual se suspendió brevemente la sesión.

Abierta de nuevo la sesión, se dio lectura las conclusiones redactadas, comenzando por la

CONCLUSION PRIMERA:

La Comunidad Autónoma Vasca, a partir del Estatuto va a tener competencias legislativas propias en las materias reguladas en el artículo 10.

Este texto fue refutado. Encarna Roca solicita se incluya a la Comunidad catalana.

Jesús Delgado solicita una referencia a la Legislación Civil

En breve debate se llega a una redacción definitiva en los siguientes términos:

CONCLUSION PRIMERA:

Que las Comunidades Autónomas Vasca y Catalana, a partir de la vigencia de sus respectivos Estatutos de Autonomía, tendrán competencia exclusiva para legislar en materia civil en toda la extensión de sus territorios, sin más limitaciones que las que brotan de los propios Estatutos de Autonomía y de la Constitución.

Quedó aprobada por unanimidad.

El Presidente, Sr. Celaya, da lectura al siguiente proyecto de

CONCLUSION SEGUNDA:

Como expresión de solidaridad con las regiones forales que no hayan alcanzado autonomía, hace constar que, en su opinión, la conservación, modificación y desarrollo de sus respectivos derechos forales o especiales deben ser competencia exclusiva de instituciones regionales.

Debate

D. Jesús Alvarez Carvallo añade que parece evidente que la elaboración de Estatutos de Autonomía, sin dotar a estas regiones de facultades legislativas en esta materia, está en contradicción con claros y terminantes preceptos constitucionales.

Añade que el proyecto para Galicia está aprobado en una forma que, en su opinión, parece ignominiosa. No me puedo —dice— fiar sólo de informes periodísticos.

D. Jesús Delgado manifiesta que «no veo claro que un Estatuto en esos términos sea anticonstitucional, aunque no sea deseable. Con la Constitución en la mano, no veo que sea anticonstitucional una Comunidad Autónoma sin poder legislativo».

Alvarez Carvallo señala: «Hace un momento os reíais de mí porque yo actuaba en gallego. Ahora desearía también actuar en gallego para precisar un poco la situación.

Que una Comunidad Autónoma no tenga facultades legislativas no es inconstitucional, evidentemente, pero lo que sí es fácil sostener es que por el camino de no otorgar a una Comunidad Autónoma facultades legislativas, se están infringiendo esas pomposas declaraciones grandilocuentes de la Constitución del pleno respeto a los derechos históricos. No se respetan estos derechos de una región, nacidos por haber estado bajo la bota de Castilla por el camino del fraude».

Sr. Delgado: «Quizá convenga una nueva declaración. Que la disposición primera exige para su coherente desarrollo que en todas las regiones en las que existe Derecho histórico deberán tener cauce adecuado para que ellas mismas puedan elaborar su Derecho».

Hay acuerdo con esta propuesta, que se manifiesta unánimemente y se acuerda suspender la sesión por cinco minutos para redacción de este texto.

Reanudada la sesión, se lee la

CONCLUSION TERCERA:

El coherente desarrollo de la disposición adicional primera de la Constitución exige que todos los territorios con derecho foral histórico dispongan de órganos propios que asuman la actualización de dichos regímenes forales.

Debate

Sr. Lacruz: «Órganos propios, alguien puede decir que son las Comisiones Compiladoras. Debiera decir algo como *exclusivamente*».

Sr. Delgado: «Puede ser, quizá, *competencia exclusiva?*».

Sr. Lacruz: «*De acuerdo: Órganos propios que con competencia exclusiva asuman... etc.*».

Nueva redacción, que queda aprobada unánimemente y dice así:

CONCLUSION TERCERA:

El coherente desarrollo de la disposición adicional primera de la Constitución exige que todos los territorios con Derecho foral histórico dispongan de órganos propios que, con competencia exclusiva, asuman la actualización de dichos regímenes forales.

Interviene el señor Lacruz, que expresa que «sería conveniente aclarar que la declaración la hace la Asamblea de la Sección de Vizcaya y Alava».

A continuación el Sr. Delgado confirma la tesis expuesta.

Y con ello se da por finalizada la sesión de la mañana.

EL CONCEPTO DEL DERECHO EN EL FUERO DE SAN SEBASTIAN

Comunicación presentada al Congreso celebrado en San Sebastián (19-23 enero 1981) con motivo del VIII Centenario del Fuero

Es nuestra pretensión el realizar, en esta breve comunicación, unas elementales reflexiones acerca de lo que se entendía, a nuestro juicio, por Derecho, y cómo se fijaba el mismo, en la Guipúzcoa altomedieval, y más concretamente cómo están recogidos estos conceptos en el Fuero de San Sebastián.

Para ello hemos creído más importante, desde un punto de vista metodológico, el partir del conocimiento de los principios que, en aquella lejana época, presidían el quehacer jurídico diario de nuestros mayores.

Por lo tanto, no vamos a entrar, en un primer momento, en un análisis o detalle minucioso del texto del Fuero de San Sebastián, sino más bien vamos a fijarnos, como se ha dicho antes, en los principios que, en la época de su aparición, en el plano jurídico, se manifiestan y que estarán presentes a lo largo de más de un siglo, y más concretamente hasta la publicación, en el año 1348 del Ordenamiento de Alcalá, que supondrá, en el plano de los principios, un giro radical desde el punto de vista del jurista.

Mi intención, en esta breve comunicación, es el llamarles a ustedes, desde mi posición de jurista, no como medievalista o historiador del Derecho, que no lo soy, sobre una parcela de la investigación histórico-jurídica que apenas, en nuestro ámbito guipuzcoano y vasco ha merecido la atención, y que, a mi modesto criterio, es necesario el profundizar y desarrollar.

En este sentido creo que en otros ámbitos (1) se han realizado, y con notable éxito, esfuerzos importantes en el tema por mí hoy propuesto, tratando de aproximarse, aunque sólo sea muy someramente, dentro de los estrechos márgenes de esta comunicación, al concepto que en la Guipúzcoa altomedieval existía del Derecho, o, en otras palabras, trataremos de responder a la pregunta siguiente: ¿Qué relación existía en la Guipúzcoa altomedieval entre el Ordenamiento Jurídico, entendido en su sentido más amplio, y la Comunidad en la que aquél se encontraba vigente? ¿Cuál fue la participación de la Comunidad, en este caso de la donostiarra, y luego la de aquellas villas a las que el Fuero se extendió en la elaboración y fijación

(1) PÉREZ PRENDES Y MUÑOZ DE ARRAUCO, J. Manuel. *Derecho y Comunidad desde el ángulo histórico*. Revista de la Universidad de Madrid. Volumen XIII, nº 46, Madrid 1963.

GILBERT, Rafael, *El Derecho Privado de las ciudades españolas durante la Edad Media*. En Recueils de la société Jean Bodin, pág. 181-218. y *Derecho Municipal de León y Castilla*. A.H.D.E. 1961, pág. 695 y ss.

GALO SANCHEZ, *Para la historia de la Reducción del Antiguo Derecho Territorial Castellano*. A.H.D.E. VI, pág. 260 y ss.

Pero quizá han sido los historiadores del Derecho Medieval Inglés, quienes mejor han profundizado el tema. Véase sobre una exposición general. HAYEK, F.A., *Derecho, Legislación y Libertad*. Unión Editorial S.A.V.I. Normas y Orden, Madrid 1978, pág. 135 y ss.

del Derecho? ¿Cuál era, en suma, la fuente de creación del Derecho, de elaboración y fijación de la ley? (2).

Para entrar en el fondo de la cuestión planteada debemos realizar unas clarificaciones previas de orden metodológico.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que en los albores del siglo XIII todavía no se había producido una elaboración doctrinal del concepto del Derecho y ni siquiera de Estado. Hasta el redescubrimiento de la política de Aristóteles en el siglo XIII, y la influencia del Código justiniano en el siglo XIII y XIV, la Europa Occidental, en palabras de Hayek (3), «atravesó todavía otra época casi milenaria durante la cual el Derecho volvió a ser a diferencia de lo que ocurriera en Atenas y Roma, autónomo e independiente de la voluntad humana, algo que era necesario descubrir, pero que nunca cabía crear. La descripción más clásica de tal actitud, ya advertida por muchos eruditos con anterioridad, corresponde a Fritz Kern y a Joliffe. Nada mejor que citar sus propias conclusiones. Kern nos dice: «Cuando surge un caso para el cual no es posible aducir norma válida alguna, los miembros de la asamblea o tribunal, establecerán una nueva disposición, convencidos de que con ello siguen ajustándose al Derecho tradicional, no transmitido expresamente, pero tácitamente operante. No crean, pues, la ley sino que la descubren...». Y J.E.A. Joliffe en su «The Constitutional History of medieval Englan from the Englis Settlement» to 1.485, 2ª ed. Londres 1947, pág. 334, nos dirá: «Hasta muy entrado el siglo XIII la idea primitiva de una sociedad que vive dentro del marco de un Derecho heredado había privado al rey de la condición de legislador y limitado el Commune Consilium al reconocimiento de la costumbre y la participación en cuestiones de Derecho y procedimiento en calidad de tribunal. Se hicieron, sin duda, cambios importantes, pero de un modo que ocultaba su verdadera naturaleza de alteración legislativa.»

«Durante la Edad Media, nos dirá Kern, nunca se aplica por vez primera una norma legal: la ley es siempre antigua: una ley nunca supone una contradicción terminológica, puesto que esa nueva ley o se deriva explícita o implícitamente de la antigua o discrepa de ella, en cuyo caso carece de legitimidad. La idea fundamental es siempre la misma: en lo referente al Derecho, antigüedad y autenticidad son conceptos sinónimos. Por eso para la mentalidad medieval, no cabe promulgar una nueva ley y toda la legislación o reforma legal se contempla como una restauración del violado Derecho tradicional» (Fritz Kern, «Kingship and Law in the Middle Ages» (Londres 1939, pág. 151)).

Señala Hayek (4) que «historia del proceso intelectual según el cual a partir del siglo XIII y sobre todo en el continente europeo, la ley llegó a ser considerada acto de voluntad irrestricto y deliberado del monarca está íntimamente vinculada al proceso de formación de la monarquía absoluta.

Acompañó a tal proceso la progresiva asimilación de la nueva facultad de dictar normas de comportamiento por otra mucho más antigua que los gobernantes habían ejercido siempre. La de organizar y dirigir el aparato del gobierno, hasta el punto que uno y otro poder lle-

(2) Hayek, en la obra citada, pág. 135, nota 25 trae a colación las opiniones de Max Rbeinstein, señalando que:

«La idea de que podían establecerse normas válidas de conducta por medio de la legislación fue característica de las últimas etapas de la historia griega y romana y en la Europa occidental estuvo durmiendo hasta el descubrimiento del Derecho Romano y el auge de la monarquía absoluta. La afirmación de que la ley es el mandato de un soberano es un postulado engendrado por la ideología de la Revolución Francesa para la que toda ley tenía que emanar de los representantes electos del pueblo...»

(3) Hayek, Obra citada, pág. 136 y las notas.

(4) Hayek, Obra citada, pág. 137.

garon a mezclarse de manera tan inextricable como constituir la que vino a ser considerada una única facultad legislativa.

La mayor resistencia a dicha evolución se derivó del apego al Derecho natural. Los escolásticos españoles tardíos utilizaron la palabra «natural» como término técnico para describir lo que no había sido inventado o proyectado deliberadamente, sino que había evolucionado en respuesta a ciertas circunstanciales necesidades. Pero incluso esta tradición perdió influencia cuando en el siglo XVII la ley natural «llegó a ser considerada como un destilado de la razón natural».

Lo dicho aquí sirve perfectamente para explicarnos cuál era en la Guipúzcoa altomedieval el concepto del Derecho. En esta zona territorial se producen los mismos o idénticos condicionantes que en el resto de la Europa Occidental. Esa concepción del Derecho como creación o mejor dicho como descubrimiento o concreción en cada caso concreto, con la vinculación a la tradición, está íntimamente vinculada al sistema jurídico de la alta Edad Media, que en la Península Ibérica, y más concretamente en los reinos cristianos peninsulares, tendrá su vigencia desde los siglos VIII a XIII. Concretamente en Castilla, en cuya órbita se introducirá Guipúzcoa en el 1200, tendrá ese sistema vigencia hasta la publicación del Ordenamiento de Alcalá de 1348, en donde de manera definitiva y con una vigencia que alcanzará hasta el siglo XIX, se establecerán las fuentes de creación y aplicación del Derecho y aunque respetándose los Fueros municipales, se introducirá de manera definitiva, aunque con carácter supletorio, el Derecho romanizado, el Fuero Real y las Partidas. En este sentido debe decirse que la documentación analizada en otro lugar («La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa», San Sebastián, 1975), nos permitió concluir que aun antes de la publicación del Ordenamiento de Alcalá, el Fuero Real y las Partidas se aplicaban en Guipúzcoa en defecto de norma aplicable, produciéndose en su consecuencia una variación en el sistema de creación del Derecho ya a partir de finales del siglo XIII, y principios del XIV (5). A partir de la entrada en vigor del ordenamiento de Alcalá 1.348, la Comunidad donostiarra ya no fijaba el Derecho, lo aplicaba.

En este sentido, Pérez Prendes (6) fija el hito del cambio del sistema del Derecho altomedieval al del de la recepción del Derecho común, precisamente en el siglo XIII. Por mi parte creo que este proceso no se produce totalmente en Guipúzcoa, en ese momento, sino más tarde.

En la época de la fundación de la villa de San Sebastián, estamos precisamente al término del siglo XII, y entrando en el siglo XIII y aunque la recepción del Derecho romano justiniano, de la doctrina aristotélica se produzca precisamente en el siglo XIII (7), podemos constatar que todavía a lo largo del indicado siglo XIII e incluso con posterioridad perdurará en la mentalidad guipuzcoana e, incluso, nos atrevemos a decir que en la vasca, el concepto del Derecho y el sistema de fijación del mismo antes reseñado. La comunidad se resistirá durante largo tiempo, a ser despojada, de una facultad que entendió como exclusiva y originaria y que incluso lo veremos más adelante plasmado en el Cuaderno Foral Guipuzcoano, siendo tal concepto, «el que el Derecho es creación de la Comunidad», uno de los principales pilares, que servirá de base a los juristas vascos y, fundamentalmente, en época avanzada a Larramendi, cuando traten de realizar la sistematización y elaboración doctrinal del

(5) Véase sobre el tema de la recepción de la doctrina de la Plenitudo Potestatis de manera tardía y su influencia en la fijación del monarca como rey legislador, frente al anterior concepto de Rey Juez, el trabajo de OTERO ALFONSO, *Sobre la Plenitud y los reinos hispánicos*. A.H.D.E. 1964, pág. 150 y ss.

(6) PÉREZ PRENDES *Derecho y Comunidad*. Obra citada pág. 367 y ss.

(7) GENICOT, Leopoldo, *Europa en el siglo XIII*, Nueva Obra. Editorial Labor, S.A. Barcelona 1970.

concepto del Fuero para sostener sus doctrinas foralistas. El Fuero originario será para Larramendi el propio y exclusivo de la Comunidad, no concedido por los reyes. La Comunidad tenía antes que los reyes tuvieran o adquirieran el derecho a legislar, su propio sistema, su propio y originario Derecho, diferenciándolo del derivado o accidental, que será el recibido de los reyes, que es cambiante (8).

Creo, en suma que este punto que estamos tratando, el del «Concepto del Derecho en la Guipúzcoa altomedieval», tiene, en todos los órdenes y no sólo en el erudito, una importancia extraordinaria que quizá nos podrá dar una explicación a múltiples de las cuestiones que se han venido planteando a lo largo de la historia de nuestra pequeña Comunidad.

La característica fundamental de la fijación del Derecho en el antiguo Derecho castellano, navarro y aragonés durante los siglos VIII al XIII, hoy nos son claramente conocidos después de las aportaciones de Galo Sánchez, Lacarra y Lalinde (9). Esta característica fundamental está en la carencia de leyes con valor territorial y en el valor predominante, según Pérez Prendes, de la intervención de la Comunidad, a través del Concilium o Asamblea judicial, así como la falta de redacciones extensas y completas del Derecho local.

Hoy está ya aceptado que las fuentes de fijación del Derecho en la alta Edad Media en Castilla, Navarra y Aragón, está en las Asambleas judiciales (10), y que por tanto la intervención de la Comunidad en la creación del Derecho es esencial, constituyéndose, de conformidad con el sistema propio de la época en un proceso natural, basado en la costumbre, sin formulaciones escritas y que se irán fraguando y evolucionando lentamente a través de las sucesivas generaciones, hasta que en determinado momento, primero como redacciones privadas, se elevan a forma escrita, para después ser recogidas por la legislación real.

Sobre este proceso tenemos, y concretándolo al caso guipuzcoano, algunos testimonios que aunque tardíos y no referidos específicamente a San Sebastián, nos pueden servir de muestra, permitiéndonos obtener una explicación de cómo o cuál era el sistema de fijación del Derecho en la Guipúzcoa medieval. (En el caso de Vizcaya, ya Pérez Prendes realiza una clarificación que hemos tenido en cuenta en cuanto al método, en la obra varias veces citada.)

Resulta curioso que los textos que vamos a manejar son, como hemos dicho, tardíos, cuando ya se ha producido la recepción del Derecho común, y cuando ya en Castilla se viene utilizando el sistema de creación y fijación del Derecho, y el concepto del mismo, marcado por el Ordenamiento de Alcalá de 1348. Sin embargo, como dice Pérez Prendes, en el caso de Vizcaya, la fecha de estos documentos no supone un anacronismo, más bien al contrario, nos da fe de la persistencia durante la Edad Media y hasta muy entrados los conceptos jurídicos de la recepción del Derecho tal y como lo vemos configurado hasta ahora, y esa persistencia, dirá este autor, es nuestro mejor argumento por su carácter retrospectivo.

Veremos más adelante cuáles son esas manifestaciones tardías documentales referentes a la pervivencia de un concepto del Derecho, y de un sistema de fijación y creación del mismo, vinculado a la Comunidad, a la Asamblea judicial.

(8) LARRAMENDI, M. de, *Corografía o descripción general de la Muy Noble y Muy Leal Provincia de Guipúzcoa*. S.S. 1969, pág. 89 y ss.

(9) GALO SANCHEZ, *Para la historia de...* Obra citada.

LACARRA, J.M., *Notas para la formación de las familias de los Fueros Navarros*, A.H.D.E. 1933.

LALINDE ABADIA, Jesús, *El sistema Normativo Navarro* A.H.D.E. 1970.

(10) En cuanto a la organización social de la Alta Edad Media en el Noroeste de España y la existencia de una sociedad prepolítica puede verse: P. Avelino DA COSTA: Obispo D. Pedro e organização de Braga, 2. vol. Coimbra 1959.

Pero pasemos en primer lugar a analizar cómo se fijaba el Derecho en el Fuero de San Sebastián, y en las villas que lo recibieron.

La fijación del Derecho en el ámbito de influencia del Fuero de San Sebastián se realizaba a través del Concilium local. Este estaba compuesto por los vecinos de la villa y elegía todos los años un alcalde y un preboste. El alcalde estaba asistido en su calidad de juez por doce notables, cuya cooperación era necesaria, y aparece de manera expresa reflejada en el art. II, 7, del texto de Banús, cuando se hace expresa mención al merino y a la recaudación de las multas:

«El merino del Rey no tome caloña de ningún hombre de San Sebastián, sino por acuerdo de doce buenos vecinos.»

Nos dirá Gautier Dalché (11), que encontramos aquí una especie de control de las actividades del palacio, que es rara al norte del Duero.

Como hemos visto, en la Guipúzcoa altomedieval, el Derecho fundamentalmente consuetudinario era fijado por el Consilium a través de la sentencia judicial.

Pero la pregunta lógica que nos debemos formular es: ¿Cuál era el sistema judicial en la Navarra altomedieval de la que Guipúzcoa forma parte?

Como nos dice G. Valdeavellano (12), «en Navarra había ya, a mediados del siglo XII, un Justicia de la Curia, con carácter permanente. Por otra parte, en el siglo XII había también en las ciudades y villas de los Estados hispanocristianos un juez investido de jurisdicción sobre la población y un territorio determinado y que administraba personalmente justicia como juez ordinario rodeado de una curia o tribunal. Este juez, de nombramiento real, presidía su curia y la junta judicial popular cuando ésta era convocada. Pero cuando los municipios se constituyen con autonomía el juez de la población no es nombrado por el rey, sino elegido por el Concejo, siendo éste también el que nombraba a los alcaldes que formaban parte de la curia local». Pues bien, en el Fuero de San Sebastián aparece de manera clara el Concilium o Curia local elegido por la población, Concilium que asistía al alcalde, que era el juez que administraba justicia a los donostiarras, que tenía por otra parte un estatuto personal basado en el derecho de ser juzgados por su Fuero y su alcalde, aunque estuvieran fuera del distrito de San Sebastián (13).

Una manifestación de que el sistema de fijación del Derecho, que trascendiendo del ámbito del Concejo de San Sebastián, era o estaba basado en la Comunidad, lo encontramos en el Texto de la Hermandad de la Marina de 1.296 (14).

En aquella fecha se unen San Sebastián, Laredo, Castro Urdiales, Bermeo, Guetaria, Santander, Fuenterrabía y Vitoria, estableciendo relaciones de comercio del hierro. Al margen de las razones que dieron lugar al nacimiento de tal Hermandad, nos interesa resaltar el sistema utilizado para la solución de los conflictos surgidos entre los diferentes Concejos entre sí,

(11) GAUTIER DALCHÉ, Jean, *Historia Urbana de León y Castilla en la Edad Media S. IX-XIII*. Siglo XXI, S.A., 1979, pág. 255 y ss.

(12) G. VALDEAVELLANO, Luis *Curso de Historia de las Instituciones Españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*. Rv. Occidente, Madrid 1968, pág. 560.

(13) Art. 118, del texto del Fuero de San Sebastián, según la edición de Banús.

(14) El texto de la Hermandad de la Marina lo encontramos en las Memorias del Rey Fernando IV, tomo II, pág. 81. Benavides, A. Imprenta de J. Rodríguez, Madrid 1860.

En los albores del S. XIII asistimos a un proceso de cambio importante que se va realizando de manera paulatina y lenta y que a mi juicio consiste en el paso de una sociedad prepolítica, constituida en valles y parroquias, a unas comunidades políticas vertebradas a través de las villas.

y entre sus habitantes, así como el sistema de fijación del Derecho. A través del procedimiento estableciendo para la solución de los conflictos concluimos que en definitiva lo único que se hace es extender la fórmula del medianeo o tribunal mixto entre los diferentes Concejos. Pero al margen, también, de esta sugestiva cuestión, debemos pararnos a examinar cuál era en definitiva la concepción del sistema, y para ello es suficiente examinar la composición del tribunal que para cada caso se crea. Este tribunal estaba formado por jueces populares pertenecientes a la villa del lugar designado en la Carta de Hermandad para cada caso, y más concretamente por dos hombres buenos de esa villa por cada parte, además de otro por cada una de las partes que asistía a éstas como hombre bueno. Los cuatro primeros eran elegidos por el Concejo donde el pleito se ventilaba, mientras que los otros dos, parece deducirse, que se elegía, entre los vecinos del Concejo donde el pleito se juzgaba, por cada parte. El tribunal fallaba de conformidad a lo establecido a la costumbre, habida cuenta que no existía una norma de carácter territorial escrita:

«Otrosí, que les tomen para a aquellos que el pleyto hubieren a judgar quel jubgaban bien a derechamente, en manera que lo que ellos judgaren que sea cumplido sin deteniemento alguno.»

Como puede observarse, este tribunal tenía que juzgar el asunto controvertido, «bien y derechamente». Tratándose de pleitos surgidos entre diferentes Concejos o entre habitantes de diferentes villas es posible que no estuviera previsto en el Fuero de la villa de sede del tribunal la solución concreta a aplicar, por lo que hay que entender que cuando se hace referencia a que se falle «bien y derechamente» se está haciendo referencia a que se aplique la costumbre, la equidad, es decir, se establezca a través de la sentencia la fijación del derecho aplicable a ese concreto caso.

A través de los sucesivos pleitos, que pudo haber entre las villas guipuzcoanas adscritas a la Hermandad de la Marina, podemos encontrar un sistema a modo de fijación del Derecho Territorial Guipuzcoano. En este sentido, y dada la extensión del Fuero de San Sebastián a las diferentes villas que participan en la Hermandad de la Marina, podemos concluir provisionalmente que nos encontramos ante la primera manifestación en Guipúzcoa de un sistema de fijación del Derecho Territorial Guipuzcoano en el que tendrá especial incidencia el Fuero de San Sebastián.

Pero hemos dicho antes que existían unos textos tardíos que vienen a corroborar lo que veníamos afirmando, de que el Derecho era en la Guipúzcoa altomedieval, e incluso bajomedieval, fijado por la Comunidad en base, primero, a la costumbre o derecho tradicional, y luego aplicando el Derecho recibido (Fuero Real y Partidas), con carácter supletorio (15).

Así, en el Título IV, Capítulo I, de la Recopilación Foral, página 103 y siguientes, al referirse al texto de las Juntas generales, que no eran en principio más que un tribunal o una asamblea de carácter judicial, se recoge el texto de una ordenanza de Enrique III, de 13 de marzo de 1397, que forma parte del cuaderno de ordenanzas de 1397, en la que, entre otras cosas, se dice:

«Costumbre antiquísima y de cuyo principio no hay noticia es que las Juntas Generales de la Provincia, en las cuales congregándose todos los caballeros... y en ellas se delibera lo más conveniente a aquel fin y al de la conservación y defensa propia y observancia de los fueros, buenos usos y costumbres de la Provincia...».

(15) En este sentido el Fuero de San Sebastián servirá de punto de partida y de referencia para la fijación del derecho territorial Guipuzcoano.

Y en el mismo cuaderno foral, concretamente en el proemio, de época más reciente, se recoge la siguiente afirmación:

«Habiéndose gobernado hasta entonces por sus buenos usos y costumbres antiguas en lo meramente político, sin necesidad de leyes escritas, con la experiencia de ser eficaz en sus pueblos la persuasión blanda y suave de la costumbre, que la dura amenaza de las leyes y de ser siempre más bien recibidas las que en largo tiempo introdujo la costumbre y conservó la práctica teniendo de su parte la aprobación de todo el pueblo» (16).

La primera redacción de carácter territorial del Derecho que se producirá en Guipúzcoa, la encontraremos en las Ordenanzas de la Hermandad, y más concretamente en las de Guetaria de 1397, pero en ellas veremos que su contenido es fundamentalmente de Derecho Penal y en las que se recoge de manera clara la influencia del Derecho Real, aunque encontraremos algunas manifestaciones de la propia concepción del Derecho guipuzcoano:

«Item, porque la justicia en la merindad de Guipúzcoa es muy presciada por tres razones, la una por el fuero et derecho que dicen que en los crímenes que se deven de provar por dos testigos de visto para que se ficha exención del malfechor porque en la dicha tierra comunmente todos serán fidalgos e non aver tormento» (17).

Nos encontramos por lo tanto que el sistema del Derecho en la época altomedieval e incluso bajomedieval en Guipúzcoa, y más concretamente en el ámbito del Fuero de San Sebastián, era un sistema de Derecho no escrito basado en la costumbre, en donde el Derecho era fijado a través del sistema judicial, de carácter eminentemente popular.

Ello a juicio de Pérez Prendes, que estudia el caso de Vizcaya, es una muestra más de que el carácter de la creación del Derecho y fijación del mismo en la España altomedieval había sido profusamente constituido hasta épocas tardías, de modo similar al de los derechos populares germánicos.

Según este autor, en el Derecho e instituciones autóctonas del País Vasco existe una gran carga de germanismo (18).

El Derecho será creado por la Comunidad y los monarcas no harán leyes generales con validez para todo el reino, sino que irán dando disposiciones particulares que se irán integrando en el sistema del Derecho de cada Comunidad. Esta una vez recibido el Derecho Real ya no creará nuevo Derecho, sino que lo aplicará, aplicará el Derecho escrito que por ser de más fácil manejo y conocimiento desplazará a la costumbre.

A partir del Ordenamiento de Alcalá de 1348, se producirá el inicio del cambio institucional del sistema de creación del Derecho. Sin embargo Guipúzcoa tendrá o mantendrá durante largo tiempo su particularísimo, en mayor o menor medida, manteniéndose una gran carga de germanismo que se manifiesta en la propia Constitución foral guipuzcoana. Pero ello es un sugestivo tema que deberá ser objeto de otro trabajo.

(16) Nueva Recopilación de los Fueros, Privilegios, Buenos Usos costumbres, leyes y órdenes de la M.N. y M.L. Provincia de Guipúzcoa. Reimpresa por acuerdo de la Excma. Diputación Foral de 28 de noviembre de 1918. SS. Imprenta de la Diputación de la Provincia, S.S. 1919, título IV, capítulo I, pág. XIV.

(17) Ley 34 de las Ordenanzas de Guetaria de 1397. Hemos utilizado el texto de De los SANTOS LASURTEGUI, Alfonso.: *La Hermandad de Guipúzcoa y el Corregidor Doctor Gonzalo Moro*. Imprenta de Ricardo Leizaola, S.S. 1935.

(18) Pérez Prendes y Muñoz de Arrauco, J.M., Obra citada, pág. 403 y ss.

LA DIPUTACION DE GUIPUZCOA Y EL DERECHO CIVIL. AÑOS 1.920-1.930.

Este texto constituye la base de la conferencia pronunciada por el autor en el Ateneo Guipuzcoano de 27 de enero de 1.984. (1)

En el año 1.920, que es el año en el que se inicia el análisis del tema propuesto, un puñado de guipuzcoanos de diferente condición, unidos alrededor de la Excm. Diputación de Guipúzcoa, vieron con claridad meridiana lo que el futuro próximo y lejano deparaba a la sociedad guipuzcoana y trataron de poner los medios para afrontar con valentía ese futuro. No tuvieron la fortuna, o no supieron acertar en los medios, pero es incuestionable que hicieron un buen diagnóstico y sobre todo intentaron una solución. Hoy, sesenta años más tarde, la fuerza de la realidad que es especialmente tozuda, se ha impuesto y les ha dado la razón. El que no tuvieran éxito en su empeño es una cuestión que no voy a juzgar. Mi propósito es relatar unos hechos y no juzgarlos. Soy abogado, no juez y por tanto, no voy a emitir un juicio sobre el particular. Dejo en todo caso a otros que hagan la correspondiente valoración, pero lo evidente es que la conducta de aquellos grandes hombres nos debe servir de ejemplo y de guía de cara al presente y al futuro, a la vez que nos tiene que permitir retomar la confianza en nosotros mismos, para hacernos dueños de la situación en la que vivimos. Lo que sí puedo decir es que aquellos hombres hicieron frente a un reto, se encararon con el presente y su futuro. Al final no acertaron (2). Aquí se puede decir lo que Indro Montanelli cuenta en su delicioso libro «Personajes» de los que el Rey Gustavo Adolfo de Suecia dijo al primer ministro Branting: Tiene Ud. no el derecho, sino la obligación de equivocarse (3).

Por otra parte, esta pequeña historia que les voy a relatar, es una historia entrañable, que terminó con un fracaso producto de los errores de todos los protagonistas de la misma, incluida la Sociedad Guipuzcoana, y creo que es necesario el urgar en ello por dos motivos. El primero para hacer justicia a quienes dedicaron sus esfuerzos, incluso estuvieron dispuestos a sacrificar su prestigio por una causa noble, teniendo además visión de futuro. El segundo porque creo que el mejor homenaje que se les puede hacer es sacarlos del olvido. Y digo esto porque éste período, que es fundamental para el conocimiento de nuestra sociedad en el decenio 1.920-1.930, es un período olvidado, que los historiadores contemporáneos no se han parado a analizar y que a mí me parece fundamental, porque además es muy nuestro y demuestra la enorme vitalidad de los hombres que lo hicieron, ocupando uno y otro papel en la misma y puede servir de llave para explicar hechos posteriores.

(1) Este trabajo es un ampliación del mismo tema expuesto más brevemente en mi tesis doctoral «La Ordenación Consuetudinaria del Caserío en Guipúzcoa», Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones. San Sebastián 1.975.

(2) Pretende ser un pequeño y modesto homenaje a los protagonistas de esta historia que demostraron una vez más, que esta Provincia nuestra ha tenido siempre hombres con capacidad y amor suficientes para defender los valores que han sido la constante de los guipuzcoanos, la libertad y un gran sentido solidario.

(3) MONTANELLI Indro.: *Personajes*. Plaza y Janes S.A., editores. Barcelona 1.966, pág. 129.

Observará el lector que siempre que se habla de los Fueros Guipuzcoanos se hace referencia a las Instituciones Jurídico-Públicas. Es más, hoy esas Instituciones han sido objeto de una ley concreta, la conocida por Ley de Territorios Históricos, de reciente publicación (4). Se ha dicho siempre que la esencia del sentido democrático del Pueblo Vasco y concretamente del Guipuzcoano ha estado en sus instituciones (5). Yo soy en ese sentido bastante iconoclasta (6). Siempre he creído y cada día me reafirmo más en ello, que no hay instituciones democráticas, si no hay hombres demócratas, como dice ese gran constitucionalista y sociólogo que es Burdeau (7). Por ello a mi no me interesó tanto la organización jurídico pública, sino más bien los hombres que componen esas instituciones y el ámbito y el modo en el que se desenvuelven. Por ello dirigí mis estudios al Derecho Privado (8), al que está en la raíz misma del hombre, al derecho primario, al derecho vivido cada día, al que se hace paso a paso y he descubierto que debajo de esas Instituciones Públicas viven unos hombres de carne y hueso con unos problemas concretos que con mayor o menor acierto tratan o procuran que las Instituciones políticas sean un medio para obtener el progreso y un mayor bienestar y no un fin como ciertos institucionalistas en boga nos hacen ver o nos quieren hacer creer. Simplificando un poco las cosas, ya que aquí no hay tiempo ni espacio para grandes profundidades científicas, les diré que nuestros mayores lucharon por utilizar, por poner al servicio de la sociedad las Instituciones, y no al revés, como parece que es el peligro que hoy nos amenaza, y no sólo a nosotros, sino en otras latitudes, y eso es lo que ocurrió en la década de 1.920-1.930.

Guipúzcoa ha sido hasta este siglo una provincia muy pobre. A su pobreza natural había que añadir los efectos demoledores de las guerras que asolaron al País Vasco. La renta per capita de Guipúzcoa era la menor de España después de Zamora en el siglo XIX (9). La realidad imponía soluciones drásticas. La emigración era una dolorosa solución. Los guipuzcoanos, a pesar de que la legislación vigente en materia de derecho privado, la castellana, era contraria u hostil al mantenimiento de la indivisión de la propiedad rústica, que fué durante muchos siglos, la principal fuente de manutención de los habitantes de esta tierra, soslayaban esa legislación y aplicaban la costumbre, a trancas y barrancas, tratando de mantener la indivisión de los caseríos, que eran un centro de economía autárquica. Notarios y abogados adaptaban el derecho oficial a la realidad. Oficializaban la costumbre, utilizando fórmulas legales (10).

Pero en la mayor parte de los casos, esa legislación, la castellana, fué imponiendo la división de la tierra y por tanto la desaparición de la riqueza rústica, la aparición del minifundio primero, para luego pasar a ser propiedad de unos pocos. El casero, de propietario se fué convirtiendo en arrendatario. Los esfuerzos de las Juntas Generales durante los siglos XVI, XVII y XVIII para obtener una regulación de la propiedad rústica adecuada a la realidad económica social guipuzcoana chocaron con la negativa del Consejo Real de Castilla (11). El tri-

(4) Ley 27/83 de 25 de noviembre del Parlamento Vasco de «Relaciones entre las Instituciones comunes en las comunidades autónomas y los órganos Forales de sus Territorios Históricos».

(5) ECHEGARAY Carmelo. *Compendio de las Instituciones Forales de Guipúzcoa*. Imp. Diputación Guipúzcoa. San Sebastián 1.924.

(6) NAVAJAS LAPORTE Alvaro. APROXIMACION A LAS INSTITUCIONES JURIDICAS GUIPUZCOANAS. S. XII A XVIII. Boletín de la Sociedad Bascongada de los amigos del País. Año XXXVIII, cuaderno 1, pág. 59, 1.982.

(7) BURDEAU Georges. *La démocratie*. Editions du Seuil 1.970.

(8) NAVAJAS LAPORTE Alvaro. *La Ordenación Consuetudinaria del Caserío en Guipúzcoa*. Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones. San Sebastián 1.975.

(9) ESCAGUES DE JAVIERRE Isidro. *Fundamentos naturales e históricos de la estructura económica de Guipúzcoa*, en la Revista Financiera del Banco de Vizcaya, número extraordinario dedicado a Guipúzcoa, San Sebastián 1.963, pág. 7-26.

(10) NAVAJAS LAPORTE Alvaro. La Ordenación... Obra citada.

(11) NAVAJAS LAPORTE Alvaro. La Ordenación... Obra citada.

bunal del Corregimiento está lleno de pleitos de herencias (12). El caserío que no recibiera una dote importante al casar al hijo o a la hija estaba avocado a la ruina, ya que no se podían pagar las legítimas de los otros herederos. A ello hay que añadir la dificultad de la vida en común entre diferentes generaciones, dentro de la casa rural (13). Todo ello generó, en la práctica, un derecho basado en la costumbre que permitió el que sobreviviera una parte numerosa de caseríos. Por último y para terminar esta introducción, se desaprovechó el momento de la desamortización para realizar una política social y que los bienes de las llamadas «manos muertas», pasaran a manos de los colonos o arrendatarios sufriendo el expolio los ayuntamientos o municipios (14). Este fenómeno fué menor en Guipúzcoa y creo que está por desarrollar un 'estudio pormenorizado del tema, si bien Mutilloa venía realizando esfuerzos clarificadores notables sobre este particular (15). Entramos en el siglo XX y con él la industrialización toma auge, pero se realiza de manera hostil y desordenada para el entorno, y hoy todavía estamos pagando las consecuencias. Aparece con mayor gravedad y agudeza el éxodo rural, la despoblación de los caseríos. Los campesinos invaden las ciudades y viven miserablemente, no sé si peor que lo hacían en el campo. En esta época el éxodo rural es una plaga en toda Europa. Aquí se muestra de manera aguda, y es conocido por «El Problema» (16).

Ante este panorama, el año 1.918, el Congreso de Estudios Vascos celebrado en Oñate, los días 1 a 8 de septiembre, afronta el estudio del asunto. Se adoptan una serie de conclusiones jurídicas y sociales dirigidas a analizar con profundidad «el problemas, y a buscar una solución que referida, a Guipúzcoa, queda expresada en las conclusiones nº7 a 13 de la sección 1ª referente a ciencias políticas y sociales y que son las siguientes: (17)

7ª. Para estabilizar al caserío hay que concederle cuando es inquilino hijo de inquilino y cuya familia lleve cuarenta años en el caserío, un derecho preferente en caso de venta para quedarse con el caserío en las mismas condiciones del tronquero; —es decir, con tiempo de año y día en caso de venta, sin llamamiento y aprecio de hombres buenos— y con preferencia al tronquero si éste no se obliga a habitarlo y cultivarlo por sí durante tres años.

En este caso, los que eran parientes tronqueros de la raíz conservarán durante treinta años su derecho para caso de venta hecha por el inquilino adquirente.

8ª. Para formar estas adquisiciones, las Instituciones de crédito favorecidas por las Diputaciones, facilitarán los préstamos necesarios en las ventajosas condiciones de interés y amortización que suelen conceder en diferentes legislaciones para el fomento de las casas baratas. Si estuviera establecido el impuesto de derechos reales se concederá exención absoluta de ellos al contrato de compra por inquilino.

(12) NAVAJAS LAPORTE Alvaro. La Ordenación... Obra citada.

(13) NAVAJAS LAPORTE Alvaro. La Ordenación... Obra citada.

(14) TOMAS Y VALIENTE Francisco. *Planteamientos políticos de la legislación desamortizadora*. R.C.D.I. 1.969, nº 473, pág. 873 y ss.

(15) MUTILLOA POZA Jose M. Ha dedicado un gran esfuerzo al estudio de los efectos de la desamortización en el País Vasco. Desgraciadamente su prematura desaparición ha dejado inconclusos al menos parcialmente estos trabajos.

(16) L. VON MISES. *Teoría e Historia*. Biblioteca de la Libertad. Unión Editorial S.A., Madrid 1.974 y en la misma biblioteca y editorial HAYEK, ASHTON, HACKER, DE JOUVENAL, HUT, *El capitalismo y los historiadores*, nº 3 Madrid 1.973, en donde se hace una revisión de los tópicos que sobre la sociedad industrial del s. XIX y de la primera parte del s. XX se han establecido sobre el capitalismo, haciendo una crítica de los mismos, con gran rigor científico.

(17) *Congreso de Estudios Vascos. Primer Congreso de Estudios Vascos*. Recopilación de los trabajos de dicha asamblea, celebrada en la Universidad de Oñate del 1 al 8 de septiembre de 1.981, bajo el patrocinio de las Diputaciones Vascas. (Imprenta de Artes Gráficas, Bilbao, 1.919-20), pág. 306 y ss.

9ª. Las Corporaciones estudiarán un seguro para los hijos de caseros y lo favorecerán en forma que aquéllos, llegada su edad, puedan cumplir con el servicio militar como soldados de cuota en un internado en el que al propio tiempo se dará una enseñanza agrícola práctica del caserío.

10ª. Debe ampliarse el principio de troncalidad a la habitación, instrumentos y participación en embarcaciones del pescador, conservando los beneficios procedentes de éstas en favor de la viuda e hijas que no puedan tomar parte en las faenas de la pesca como de antiguo se ha realizado.

11ª. Igualmente se aplicará el mismo principio de troncalidad a las casas y talleres o comercios del pequeño industrial y comerciantes vascos sea cualquiera el lugar de nuestro país en que estén situados.

12ª. El Congreso verá con agrado el fomento de todos los seguros sociales en el País Vasco.

13ª. El Congreso solicita de las Diputaciones Vascas la creación de una Comisión especial, con subcomisiones en las diversas regiones vascas, para que lleven a efecto: 1º Una recopilación del derecho consuetudinario y 2º Un estudio del derecho escrito y consuetudinario de las diversas regiones vascas, con determinación de las grandes instituciones comunes, o que se sirva hacer un encargo especialísimo en este sentido a la futura Academis de Jurisprudencia Vasca para que bien por sí o por un gran concurso o certamen, verifique dicha labor.

Estos principios se reiteran en el Congreso celebrado por la Sociedad de Estudios Vascos en Pamplona, el año 1.920.

El primer resultado fué el que la Diputación Provincial de Guipúzcoa el 11 de noviembre de 1.920 presentó un proyecto para combatir la despoblación de los caseríos con diez bases dirigidas fundamentalmente al logro de una normativa que facilite el acceso al labrador guipuzcoano a la propiedad del caserío y el mantenimiento de su indivisión (18). Esta primera propuesta no cuaja, ya que se trataba de solucionar el problema mediante la creación de un impuesto, y además exigía el conocer el criterio de la Caja de Ahorros Provincial que iba a ser la entidad que debiera conceder los préstamos para la adquisición de las fincas rurales. El tema no estaba maduro. Todos coinciden que había que afrontarlo, pero no se sabía la manera de hacerlo.

El 20 de julio de 1.923, don Vicente Laffitte recordaba dicho acuerdo y apuntaba los caminos para hacerlo viable (19). En diciembre del mismo año se vuelve a discutir el asunto en la Diputación y nuevamente surgen los problemas que son expuestos cori realismo por el Sr. Pérez Arregui que señala que el proyecto tal y como está planteado no es viable y que no se tiene voluntad de afrontarlo. Hay que buscar otra solución distinta de la propuesta (20).

El 24 de enero de 1.924 los Sres. Orueta, Balmaseda y Eizaguirre vuelven a la carga y hacen una nueva propuesta (21), ordenándose pasar el asunto a la Comisión de Agricultura de la Excm. Diputación Provincial de Guipúzcoa (22).

(18) Proposición de la Comisión de Agricultura de la Diputación Provincial de Guipúzcoa para combatir la despoblación de los caseríos en Guipúzcoa. 5ª sesión de la Diputación de Guipúzcoa celebrada el 11 de septiembre de 1.920. (Archivo Provincial de la Excm. Diputación Provincial de Guipúzcoa. Actas de la Diputación).

(19) Acuerdos de la Diputación Provincial de Guipúzcoa de 20 de julio de 1.923. 8ª sesión, pág. 41 a 52. Archivo Provincial.

(20) Acuerdos de la Diputación Provincial de Guipúzcoa de 27 de diciembre de 1.923. 10ª sesión, pág. 129 a 131. Archivo Provincial.

(21) Acuerdos de la Diputación Provincial de Guipúzcoa de 24 de enero de 1.924. 2ª sesión. Archivo Provincial.

(22) ECHEGARAY Bonifacio. *Derecho Foral Privado*. Biblioteca Vascongada de los Amigos del País. San Sebastián 1.950, pág. 79.

La Comisión de Agricultura se pone a trabajar sobre el asunto y la Diputación se mueve a todos los niveles, reclamándose la ayuda y colaboración del Gobierno de la Nación. De un amplio proyecto económico se pasa a una idea más ambiciosa y quizá más viable. Mientras la Comisión de Agricultura de la Diputación trabaja a marchas forzadas, los políticos logran, según dice Bonifacio Echegaray que el Presidente del Gobierno, el General Primo de Rivera, se comprometa a que si la Diputación presenta un proyecto bien elaborado, sea asumido por el Gobierno que lo publicaría como Decreto Ley, con el compromiso de obtener su ratificación por la Asamblea Nacional. De esta forma Guipúzcoa vería colmadas sus aspiraciones seculares y tendría una legislación civil propia a través de un apéndice del Código Civil.

Quizá aquí esté el meollo de la cuestión. Veamos.

Como he dicho antes, Guipúzcoa había intentado durante los siglos XVI a XVIII, a través de las Juntas Generales de la Provincia que el Rey sancionara o diera su aprobación a la consolidación de una normativa propia para Guipúzcoa en materia de Derecho Privado, que se alejaba de los postulados establecidos o marcados por la legislación civil del Reino (23).

A diferencia de Vizcaya, que obtiene la aprobación del cuaderno foral en 1.452, y que es en suma una Ley de Transición entre las villas y la Tierra Llana admitiéndose la supervivencia del viejo derecho en la Tierra Llana, y por tanto la supervivencia de la libertad limitada de testar, y la troncalidad como instituciones jurídico privadas más sobresalientes (24), Guipúzcoa, no llega a ese resultado transaccional. En Guipúzcoa triunfan las villas y con ellos el derecho nuevo que en aquella época era el Derecho Castellano, que establece unas fórmulas rígidas para la transmisión de la herencia, pone dificultades a la troncalidad por entender que la libertad de testar y la troncalidad son limitaciones a la justa distribución de los bienes y limitaciones a la libre circulación de los mismos. Al imponerse ese derecho, el derecho castellano, que es un derecho romanizado, el campo, y los hombres que viven en él, encuentran un derecho hostil a la permanencia de la propiedad en unas pocas manos (25).

Pues bien, en el siglo XVI ya en las Juntas Generales se levantan voces reclamando la aprobación de una legislación referida a la propiedad rústica similar a la de Vizcaya, intentos que se reiteran a lo largo de los siglos XVII y XVIII sin éxito, lo que obliga a los propietarios de la riqueza rústica, para evitar la indivisión de los caseríos, a acudir a fórmulas tangenciales que bordean la legalidad, como todavía hoy se produce, si bien hay que hacer una diferente valoración, que ahora no es el caso (26).

Todavía el año 1.841, cuando la Diputación propone el arreglo de los fueros, reitera este deseo que lo plasma en el art. 16 cuyo texto propuesto era el siguiente; (27)

Art. 16.- El fuero especial, el uso y costumbre sobre sucesiones y demás puntos de derecho privado, continuarán en vigor en Guipúzcoa como actualmente se observa, en cuanto

(23) El estudio pormenorizado de todos estos intentos se encuentra en mi obra ya citada: La Ordenación...

(24) NAVAJAS LAPORTE Alvaro. *Aproximación...* antes citada y *Aproximación a la formación del Derecho Territorial Vasco*. 1º Cuaderno de Derecho. Sociedad de Estudios Vascos 1.985. Sobre el Derecho Civil Vizcaino. Ver sobre todo Celaya Ibarra Adrian. *El Derecho Foral de Vizcaya en la actualidad*. La Gran Enciclopedia Vasca. Bilbao 1.970 y *Derecho Foral y Autonómico Vasco*. Tomo I. Derecho Foral. Universidad de Deusto, Bilbao 1.984. Ver también: *Semana de Derecho Foral, Foru-Legedi Artea*, organizadas por la Comisión de Vizcaya de la R.S.B.A.P., Bilbao-Guernica 1.979. Imprenta de la Diputación Foral del Señorío de Vizcaya.

(25) NAVAJAS LAPORTE Alvaro. La Ordenación... Obra citada.

(26) NAVAJAS LAPORTE Alvaro. La Ordenación... Obra citada.

(27) Archivo Provincial. Proyecto de Arreglo de la Administración Provincial de Guipúzcoa, o sea, modificación de sus Fueros por la Comisión Económica de la misma Ponencia. Año 1841 (recogida en documento nº 32, serie A, pág. 322 y ss., en el apéndice documental de mi trabajo, La Ordenación...).

no sea contrario a las leyes hechas en Cortes desde 1.834 y que en adelante se hicieran y en este concepto los tribunales arreglarán a él sus fallos y determinaciones hasta que tenga efecto el art. 4 de la Constitución de la Monarquía.

La inteligencia de este precepto se encuentra en el Preámbulo del Proyecto de Arreglo de los Fueros cuando se dice:

El art. 16 sobre fuero especial tampoco es de tanta aplicación como en Vizcaya y Alava, pues la tiene solamente en algunos casos como en el de la reversión de la dote a su origen. Es decir que la provincia reclamaba el reconocimiento de una particularidad de derecho privado como era la de la reversión troncal de las dotes.

El proyecto no fué aprobado.

Sorprendentemente cuando se discute el Código Civil y se nombra la Comisión de Codificación y se llega al acuerdo de redactar para las provincias que tengan particularidades forales de derecho privado, apéndices al Código Civil, Guipúzcoa, o los juristas guipuzcoanos estarán ausentes de esa preocupación y dejarán escapar la ocasión para introducir o aprobar un apéndice al Código Civil para Guipúzcoa.

Alonso Martínez (28) en la explicación de las bases al Código Civil y para oponerse a la pretensión de Catalanes, Navarros, Aragoneses, Gallegos, etc., a la introducción de su particularismo jurídico privado, y con la intención de convencer a los legisladores que el Código Civil que se propone no atenta a la indivisión de la propiedad rústica dirá lo siguiente:

«Soy partidario de las legítimas, y defendiéndolas con el ardor de la convicción he puesto en relieve un fenómeno singular en que hasta ahora no se había reparado y que quita mucha fuerza a la argumentación de las provincias, particularmente. Este fenómeno consiste en que la familia se constituye, y la propiedad se desenvuelve por manera idéntica, en provincias regidas por sistemas legales, no ya diversos, sino opuestos. En Guipúzcoa, por ejemplo, rige la legislación castellana con sus legítimas y mejoras; en Navarra, hay por el contrario, la libertad de testar; en Aragón el padre tiene la facultad de distribuir, como le plazca su fortuna entre sus hijos, en Cataluña, es legítima de estos la cuarta parte del caudal paterno y de las tres restantes dispone el padre a su albedrío. Difícilmente se podrán imaginar cuatro organismos jurídicos más desemejantes, y sin embargo, en Guipúzcoa, Aragón, Navarra, y Cataluña, se conserva perpetua, del mismo modo y por idénticos procedimientos la familia, y con ella, la unidad agrícola, la cual no se disgrega ni fracciona a pesar de las legítimas y de las particiones que tanto procuran y tal espanto ponen en el ánimo de los jurisconsultos forales. El propietario guipuzcoano, por lo regular organiza su familia al casar a su hijo mayor, ni más ni menos que el aragonés, y el navarro; pero hágalo por éste contrato o en testamento, es lo cierto que designa siempre al hereu o su sucesor en el caserío, al poseedor de ésta unidad agrícola que siempre se conserva entera y sin la menor desmembración. Para ello dispone de las cosas de modo que pueda pagarse la legítima en dinero a sus otros hijos y si hay algún díscolo que se opone a estas combinaciones de familia, usa de la facultad de mejorar al heredero del caserío en el tercio y quinto y hace la partición por sí mismo. El hecho aparentemente anómalo de la uniformidad de la vida civil bajo el imperio de legislaciones antitéticas, encierra una gran enseñanza: la de que las costumbres influyen en la sociedad mucho más poderosamente que las leyes.»

(28) ALONSO MARTINEZ Manuel. El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales. Biblioteca Jurídica. Madrid 1.884, Ediciones Plus Ultra. Madrid 1.947.

Y en el fondo lo que en principio para la Diputación Guipuzcoana trató de ser un proyecto de arreglo de las causas que determinaban la despoblación del caserío se convirtió en un proyecto de introducir un Apéndice de Derecho Civil Guipuzcoano al vigente Código Civil.

En realidad el intento era muy bonito, pero muy audaz, como demostró el resultado obtenido.

La Diputación, a través de la Comisión de Agricultura se pone a trabajar y elabora un anteproyecto de Decreto Ley que está redactado el año 1.929 y que consta de 31 artículos (29).

La redacción del anteproyecto fué inspirada por don Telesforo de Aranzadi y don Bonifacio Echegaray. Este había investigado los antecedentes históricos del asunto y además era hombre vinculado atareas de Derecho y de sólida formación jurídica.

Componían la Comisión de Agricultura que afanosamente redactó el proyecto los Sres. Gordoia (Don Juan), Elósegui (don Antonio), Churruca (don Joaquín), y Gaytan de Ayala (don Jose Luis).

Las discusiones en el Pleno de la Diputación fueron de una gran altura, tanto por parte de los que defienden el Proyecto como por aquellos que no estaban conformes con el espíritu que lo inspiraba. Unos hablaban del carácter social de la propiedad rústica, de la necesidad de defender la unidad familiar del caserío, de poner freno a la especulación del suelo, y limitar el desarrollo sin planificación de las ciudades y de las industrias, los otros, sin disenter de tales propuestas consideraban que la propuesta era peligrosa y que se establecía un precedente contra el principio de la propiedad privada, que el establecimiento de la libertad de testar, sin límites, atentaba a un principio elemental de justicia y que, en suma la solución del asunto requería el realizar previamente una política de obras públicas, dotación de carreteras, vías de acceso a los caseríos, modos de modernización, así como dotación de escuelas rurales y de capacitación, antes que revestir al personaje con una normativa muy bella y hermosa pero totalmente insuficiente.

Por unos invocando la tradición y por tanto la costumbre arraigada en el País de la transmisión indivisa del caserío a uno de los hijos, se trataba, en suma de obtener el reconocimiento, en el pleno legal, de esa costumbre, señalándose que de esa forma los guipuzcoanos habían obtenido y evitado la despoblación del caserío, la desaparición del mismo. Otros decían, que precisamente esa forma de transmisión del caserío se había mostrado insuficiente y la prueba era la situación actual que obligaba a adoptar una serie de medidas distintas que no estuvieran en contradicción con la propiedad privada y que eran más necesarias y urgentes soluciones técnicas, económicas y sociales, que legales (30).

Realmente la lectura de las actas de los plenos de la Diputación son de un gran interés y denotan la enorme preparación y la elevada cultura de los intervinientes, así como sus grandes cualidades oratorias y su amor a la Provincia de Guipúzcoa.

(29) Archivo Provincial y ver así mismo el texto completo publicado. El Proyecto de Real Decreto Ley de la Comisión de Agricultura de la Excm. Diputación, ante el problema del Caserío Vasco. La pequeña vinculación familiar en la obra del mismo título de Jose Uriarte Berasategui. Imprenta Nuñez y Cia. Barcelona 1.929. Así mismo recojo el texto completo de dicho Proyecto, en el apéndice A, documento nº 39, pág. 378 y ss. de la Ordenación... Obra citada.

(30) Archivo Provincial. Actas de la Diputación. Año 1.920 a 1.929, recogidas íntegramente en los documentos nº 33 a 39 de mi trabajo precitado, La Ordenación... pág. 342 a 389.

Dado que realmente el Proyecto era ambicioso, el Presidente de la Diputación Sr. Lizasoain decidió (31) que se publicara en la prensa y por tanto fuera objeto de discusión pública. Vaya que si lo fué. La división interna salta a la calle. La prensa se llenó de artículos a favor y en contra. Cabe destacar por su profundidad el de Permisan, notario de Villabona, en El Pueblo Vasco, los días 24, 27 y 29 de septiembre y 2 de octubre de 1.929 que daba su voto favorable; Guillermo y Cirilo Recondo, abogados de Tolosa, en La Voz de Guipúzcoa los días 1, 11 y 13 de octubre de 1.929 publicaban un artículo titulado: «Un voto en contra del proyecto de la Diputación. El éxodo del caserío», que como su propio título indica se mostraban disconformes; Domínguez Barros J., Registrador de la Propiedad, en La Voz de Guipúzcoa, los días 2, 14 y 21 de noviembre de 1.929, publicaba un artículo analizando y desmenuzando el anteproyecto, con gran rigor técnico (32).

Pero la cosa no quedó ahí. El asunto trascendió la esfera local y de él se hicieron eco juristas que, vinculados a Guipúzcoa por tener aquí sus raíces, se interesaron por él y aparecieron comentarios publicados en Revistas Jurídicas especializadas en ámbito nacional. Así J. Domínguez Barros, publica un artículo en la Revista de Derecho Privado (33), la revista en aquella época de mayor prestigio nacional, fundada por Clemente de Diego. El notario Uriarte Berastegui publica en Barcelona, en el año 1.929 una monografía titulada «El proyecto Real Decreto Ley de la Comisión de Agricultura de la Excmá. Diputación, ante el problema del Caserío Vasco» (34), en el que muestra su conformidad con el anteproyecto, haciendo interesantes sugerencias de mejora del Proyecto en el orden técnico jurídico y analizando a la luz de las legislaciones más avanzadas del mundo, libro que es una rareza bibliográfica.

La Comisión de Despoblación de los Caseríos creada al amparo de la Sociedad de Estudios Vascos con la asistencia de los vocales permanentes Sres. Bilbao, Aranzadi, Díaz de Mendivil, Gaytan de Ayala, y Bonifacio Echegaray, hacen constar el 2 de noviembre de 1.929 las razones que a su juicio existen para justificar la aprobación del proyecto (35).

Pero es más, Bonifacio Echegaray que era en el fondo uno de los inspiradores del Proyecto publica varios artículos en favor del mismo, que luego serán recogidos en el Boletín de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (36).

(31) Archivo Provincial. Acuerdos de la Diputación Provincial de Guipúzcoa de 6 de septiembre de 1.929, 6ª Sesión.

(32) M. PERMISAN. *Charlas jurídicas. El Caserío Guipuzcoano en el Pueblo Vasco*. Diario de San Sebastián, días 24, 27 y 29 de septiembre y 2 de octubre de 1.929. J. URIARTE BERAATEGUI. *El Proyecto de Real Decreto-Ley de la Comisión de Agricultura de la Excmá. Diputación ante el problema del Caserío Vasco* (Barcelona 1.929). Boletín de la Sociedad de Estudios Vascos. 'Eusko-Ikaskuntza'ren Deia. Reunión de la Comisión sobre Despoblación de los Caseríos (San Sebastián, 4º trimestre 1.929), pág. 11-28 G. y V. RECONDO. Un voto en contra del Proyecto de la Diputación. El éxodo del Caserío en «La Voz de Guipúzcoa» Diario de San Sebastián, días 1, 11, 13 de octubre de 1.929. J. DOMINGUEZ BARROS. *El derecho prelativo de los arrendatarios en las ventas de las fincas rústicas que cultivan* (R.D.P. XVIII, 1.931), pág. 273 y *El Anteproyecto de Transmisión de Caseríos* en «La Voz de Guipúzcoa», Diario de San Sebastián, días 2, 14 y 21 de noviembre de 1.929. *El Cashero. Un poco de historia con motivo de la Publicación del «Derecho Foral Privado»*, por Bonifacio de Echegaray. Bol. R.S.V.A.P., IV, c. 4, 1.959, pág. 433-441.

(33) J. DOMINGUEZ BARROS. *El Derecho prelativo de los arrendatarios en las ventas de las fincas rústicas que cultivan*. R.D.P. XVIII, 1.931, p. 273.

(34) J. URIARTE BERAATEGUI. *El Proyecto de Real Decreto Ley de la Comisión de Agricultura de la Excmá. Diputación, ante el problema del Caserío Vasco*. Obra citada. Barcelona 1.929.

(35) Archivo Provincial. Recogido en el anexo documental A, nº 39, pág. 378 y ss. de La Ordenación... Obra citada.

(36) BONIFACIO DE ECHEGARAY. *Un poco de historia con motivo de la Publicación del «Derecho Foral Privado»*. R.S.V.A.P., IV, c. 4, 1.950, pág. 433-441, y *Derecho foral Privado. Monografías Vascongadas* nº 3. Biblioteca Vascongada de los Amigos del País. San Sebastián 1.950.

Realmente la intención del Sr. Lizasoain, Presidente de la Diputación, al publicar el anteproyecto y someterlo a información pública, fué que de la discusión general surgieran ideas para un perfeccionamiento del texto y así lo entendieron los Sres. Permisan, notario de Villabona; Domínguez Barros, Registrador de la Propiedad y otros, pero el asunto tomó tal cariz, al margen de lo jurídico que el Sr. Presidente de la Diputación don Angel de Lizasoain, en sesión celebrada el día 29 de noviembre de 1.929, con sentidas palabras lo retiró (37).

En el archivo provincial se conserva el expediente completo, y está esperando la mano del estudioso para su análisis y publicación.

Han transcurrido más de cincuenta años. Durante ese tiempo todos sabemos lo que ha ocurrido con el caserío. El año 1.980, el Parlamento democrático ha aprobado la Ley de Arrendamientos Rústicos de 3 de diciembre, ley 83/80, que en términos generales recoge los principios básicos que inspiran al anteproyecto de la Diputación de Guipúzcoa. No se ha oído una sola voz en contra, yo al menos no la he oído. Nadie ha dicho que sea una ley que vaya contra el propietario, cuando realmente, al igual que hiciera el anteproyecto de la Diputación de Guipúzcoa, establece como principio básico el acceso a la propiedad del arrendatario mediante la fórmula en última instancia, del pago del precio de expropiación (38).

¿Fué la Diputación de Guipúzcoa adelantada al tiempo? ¿Actuó sin realismo o no fué realista el amplio sector de la sociedad guipuzcoana que se opuso al proyecto? ¿De haberse aprobado el proyecto se hubiesen evitado los grandes males y abusos que hemos padecido con la especulación del suelo?

Yo realmente no lo sé. Sólo pongo de manifiesto este pequeño pero importante capítulo de la historia de Guipúzcoa, de la reciente historia de Guipúzcoa, para conocimiento de nuestra generación. Ahora que vengan los historiadores y que nos den su parecer.

Pero creo que es esta una asignatura pendiente de resolver que no puede olvidarse. Las competencias que en materia de Derecho Civil reconoce la Constitución y el Estatuto de Autonomía para el País Vasco (39) hacen que estemos en situación inmejorable para hacerlo. Ahora no hay excusa alguna. Hay que superar la prueba.

(37) Archivo Provincial. Sesión 2ª de 29 de noviembre de 1.929, recogida en la serie documental A, documento nº 38, de La Ordenación... pág. 375 y ss.

(38) Ver art. 98 y OO y Disposiciones Transitorias de la Ley 83/80 de 3 de diciembre sobre Arrendamientos Rústicos.

(39) En el art. 10-5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/79 de 18 de diciembre se establece:

La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:

5º Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil. Foral Especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integra el País Vasco, y la fijación del ámbito territorial de su vigencia.

Ver la obra citada de CELAYA IBARRA, Adrian: *Derecho Foral y Derecho Autonómico* Vasco y las conclusiones de la Semana de Derecho Foral ya citadas, así como las ponencias y comunicaciones y conclusiones del Primer Congreso de Derecho Vasco. La actualización del Derecho Civil, en el nº 5 de la colección: Investigación para la Autonomía. Instituto Vasco de Administración Pública. Vitoria 1.983.

AMBITO TERRITORIAL DEL FUERO Y SU POSIBLE AMPLIACION

Bilbao 11 de diciembre 1986

VI JORNADAS SOBRE VIZCAYA ANTE EL SIGLO XXI. TEMA II: ACTUALIZACION DEL DERECHO CIVIL VIZCAINO

MODERADOR: Gracias a D. José Miguel Fernández de Bilbao. A continuación intervendrá el Abogado guipuzcoano Dr. D. Alvaro Navajas.

Ilustrísimos señores y queridos amigos: Tres breves notas de iniciación, y a que no de introducción al tema que me ha sido propuesto en estas Jornadas, sobre la posible ampliación del ámbito territorial del Fuero Civil de Bizkaia a Guipúzcoa. La primera, felicitar a la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, Comisión de Vizcaya, por esta iniciativa que demuestra, una vez más, su vitalidad, sobre todo al traer a colación un tema tan puntual y de gran trascendencia en el orden político, jurídico y social. La Segunda, agradecer a la misma «Sociedad» su invitación; y la tercera, felicitar y felicitar me como miembro de número de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, por el hecho trascendental de la asunción por parte de esta Sociedad del legado de nuestros mayores, que no es otra cosa que la «vocación» del País Vasco por su Derecho privado.

No quiero pecar de presuntuoso, pero creo —y les ruego me perdonen—, que los guipuzcoanos tenemos y debemos decir algo sobre este tema que se pone sobre la mesa para el debate, pues el mismo, señores, no es sólo un tema estrictamente jurídico que afecte a Bizkaia, ni se refiere solo a una cuestión puntual, sino que tiene, como trataré de expresarlo, un alcance político-jurídico más amplio y de importantes consecuencias, en cuanto que no sólo afecta a lo que es el Fuero de Bizkaia y su posible extensión a Guipúzcoa, sino que, en cuanto referido a la esencia misma de lo que es, ha sido y debe ser, el Derecho Privado Vasco, afecta por tanto a toda la Sociedad Vasca.

Me explicaré. La ponencia presentada por el Profesor Adrián Celaya, hace especial hincapié en el Derecho Vizcaino. No podía ser menor. Sin embargo, se apunta algo en lo que no estoy de acuerdo, y es en la falta de tradición jurídica privada propia de Guipúzcoa.

No voy a negar algo que resulta evidente y es la «vocación» de Bizkaia por su Derecho. Esa vocación sentida por el pueblo vizcaino ha sabido ser recogida por los juristas del Señorío y expresada, con más o menos fortuna, en tiempos recientes, por los poderes públicos, condicionados por los mil avatares políticos, pues señores, no nos engañemos, la cuestión del Fuero, incluso el referido al Derecho privado, ha sido y es una cuestión no sólo jurídica, sino fundamentalmente política. De ese «sentimiento» se han salvado meros jirones, pero no puede afirmarse hoy, que haya sido un naufragio. Pero idéntico «sentimiento» ha existido en Guipúzcoa, y si bien los juristas han tratado de recogerlo, puede afirmarse, sin temor alguno, pues no falto a la verdad, que no ha tenido la adecuada respuesta por parte de los Poderes

Públicos Vascos, si bien hay que afirmarlo, que cuando me refiero a tales Poderes Públicos, me estoy refiriendo a los más próximos en el tiempo.

Durante siglos, se ha expresado por el pueblo guipuzcoano, el deseo de que fuera recogido, institucionalizado, su Derecho y, si bien, hasta el siglo XVIII los Poderes Públicos Guipuzcoanos, trataron de dar respuesta a dicha aspiración, no se logró por causas ajenas a su acción política. Sin embargo, en los siglos XIX y XX, las espectaculares ausencias de los Poderes Públicos Guipuzcoanos en las Comisiones de Codificación por un lado, y más recientemente, con la salvedad del período comprendido entre los años 1920-1930 la insensibilidad de la Diputación Foral de Guipúzcoa a la llamada para retornar el esfuerzo realizado por el pueblo guipuzcoano durante siglos, es algo que debe ser denunciado. En Guipúzcoa, no ha faltado «sentimiento» por el propio Derecho por parte del pueblo y los juristas, lo que ha faltado es voluntad política para sumir ese reto. Guipúzcoa, no sólo ha sentido un «sentimiento», una «vocación jurídica» por su propio Derecho, sino que ha tenido el mérito de expresarlo y mantenerlo, aun en contra del tratamiento legislativo que suponía y supone el Código Civil para su mantenimiento, y si en el camino ha ido perdiendo retazos de su propia esencia, ese empeño ha logrado dos frutos de incalculable valor, en los últimos años. El primero, el ver recogido ese sentimiento, esa vocación jurídica en el inciso último del artículo 149.1.8 de la Constitución y en el artículo 10, apartado 5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979, y el segundo, sin darnos tiempo a recobrar el aliento, en el reconocimiento explícito que ha hecho el Tribunal Supremo, Sala Primera, en la Sentencia de 12 de julio del año 1948, de la existencia y validez del «Pacto Sucesorio» por encima de los postulados y prohibiciones del párrafo 2 del artículo 1.271 del Código Civil.

Llegados a este punto, no voy a extenderme en explicarles a ustedes el contenido de las instituciones consuetudinarias guipuzcoanas, que para sobrevivir han tenido que utilizar el método, el ropaje del Código Civil, si bien, mal disimuladas, en tales circunstancias, por notarios y abogados, unas costumbres contra legem. Pero, la asociación familiar en relación a la casa, la troncalidad, la sucesión universal, el poder testatorio, el testamento de hermandad, el reconocimiento del derecho del cónyuge viudo, han sido instituciones que han vivido en Guipúzcoa durante largo tiempo, algunas de las cuales se mantienen a pesar y en contra del Código Civil. Bien es verdad, que éste será y es todavía, la fuente principal del Derecho en Guipúzcoa, pero es posible, que no lo sea en su totalidad por mucho tiempo, si es que, realmente, existe voluntad política para que así sea, y si es que, además para ello, se desarrolla en todas sus consecuencias el último inciso del artículo 149.1.8 de la Constitución, y el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, siguiendo la orientación marcada por la sentencia del Tribunal Constitucional 11/84 de 2 de febrero, B.O.E. de 18 de febrero de 1984.

Quiero decir, y lo digo con el mayor de los respetos, que estoy cordialmente, pero en cierta medida, en desacuerdo con el planteamiento que hace del tema, el Profesor Celaya, puesto que no se trata de adecuar a las nuevas exigencias sociales, aprovechando la nueva regulación jurídico-política que la Constitución Española de 1978, y el Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979 permiten, el Derecho vizcaino sólaamente, y el ver la conveniencia de extenderlo en su ámbito territorial, sino que se trata, de una cuestión, para mí más importante, y que tiene connotaciones políticas por un lado, y por otro, la necesidad de un tratamiento integral y armónico del derecho de una comunidad, no pudiendo olvidar que el derecho debe de tratar de homogeneizar a la comunidad.

Sin embargo, es justo reconocer, y por mi condición de guipuzcoano el decirlo supone un mayor mérito, que, una vez más, Bizkaia se manifiesta como motor del cambio del País Vasco, también, en el campo del Derecho. Conviene no perder la perspectiva.

Cuando digo que no se trata, a mi juicio, del desarrollo sólomente del Derecho vizcaino, lo que quiero decir, es que lo que realmente se trata es el desarrollar el Derecho Privado Vasco. Si el Fuero de Bizkaia está basado en unos principios muy concretos y básicos, hay que decir que el Derecho Guipuzcoano, lo que él fue y en cuyas reglas o expresión reglada ha sido ahogado, y lo que queda, se inspiran en idénticos principios. Otra cuestión puede estar en el tratamiento que se anecesario realizar en uno y otro territorio, en función de la diferente composición geográfica y socio-económica, pues no debe olvidarse que como decía un notario guipuzcoano, don Gregorio Altube, «el paisaje es también fuente del Derecho», y si tales principios han sido capaces de evolucionar con la sociedad de la que emanan, y si los juristas intérpretes de se sentimiento, estamos a la altura de las circunstancias.

Pero, cuando hacemos referencia a este punto, estamos descendiendo de los principios a la regla y de lo que se trata en este momento, que podemos llamar constituyente, lo que realmente nos importa, es el escudriñar, el sacar a la luz los principios, para luego, de manera reposada, extender o desarrollarlos en las correspondientes reglas.

Cuando digo que es necesario un tratamiento integral, armónico y homogéneo, no estoy refiriéndome sólomente a una cuestión jurídica, sino tambien política. El Derecho, como expresión de la esencia de lo político, debe de tratar de alcanzar la armonía, la homogeneidad en el grupo social del, y para el que emana.

Julien Freund, dice algo realmente importante, al referirse al Derecho, en su monumental obra «La esencia de lo político» (págs. 332 y ss.):

«Siendo el Derecho una noción política, el Derecho plantea toda una serie de problemas de moral y de política. El Derecho es sistema de convivencia y de normas destinadas a orientar a cada conducta en el interior de un grupo de una manera determinada. Como tal es el regulador de la acción en común de los individuos, sometiéndolos a una convención política válida para el conjunto del grupo, lo que quiere decir que él no mira al individuo en particular, sino las relaciones entre los individuos. La noción de Derecho social, es un pleonismo. El Derecho es social por naturaleza, es decir, un individuo no puede elaborar un Derecho para su propio gobierno y válido únicamente para él mismo. La vinculación que se ejerce sobre los individuos no es sin embargo, inherente al Derecho, sino que le viene del exterior, de una fuerza de la que el grupo tiene necesidad para mantener su coherencia..

La verdad es que el Derecho es una técnica de regulación de la actividad política. Porque se quiera o no, la acción política, porque ella es acción, se propone de metas, y de hecho, ella es normativa. Por esta simple razón, sin hacer intervenir consideraciones de Derecho natural, el Derecho positivo comporta inevitablemente un sentido normativo. En tanto que el Derecho participa de la actividad política, no es posible sólomente ver en él un simple conjunto de reglas que comportan obligaciones y sanciones. El, traduce también el fin que pretende la sociedad en general y las metas o ideas que una colectividad determinada busca el realizar, y más simplemente todavía, qué orden quiere ella establecer o mantener. Ciertamente, la regla es un hecho sociológicamente constatable, que puede ser objeto de test, de encuestas y de otras manifestaciones técnicas, pero ésta no explica todavía lo que es una regla, ni por qué el hombre lo exige como tal. Es precisamente en tanto que el Derecho es regla, que nos permite comprender que por ser ante todo público, introduce una homogeneidad en la sociedad.

El Derecho, siendo social por naturaleza, supone una unidad política ya formada, o en formación. La homogeneidad y la regularidad que el Derecho introduce en las relaciones públicas, no son jamás perfectas y totales.

Una sociedad que fuera prisionera de un cuadro rígido e inmutable se esclerotizará rápidamente.

Las ideas expresadas en esta larga cita, nos llevan al núcleo del problema, y retomarnos de nuestro pensamiento, lo que de él creemos fundamental. El carácter armónico y de homogeneidad del derecho, su naturaleza social, el principio de la unidad política ya formada o en formación, y lo más esencial, el hecho real que el Derecho no es una esencia en sí, sino la expresión de otra esencia, la traducción de la esencia de lo político.

La cuestión fundamental está, por tanto, en saber en este momento histórico concreto, cuál es la esencia de la voluntad política expresada por nuestro pueblo en sus textos jurídicos fundamentales, y si podemos afirmar, sin duda alguna, si existe una unidad política o ésta está en formación, en suma, lo que las más modernas corrientes doctrinales del neocontractualismo social, desde Rawls, a Hart, denominan «la norma de referencia».

Partimos de esos presupuestos básicos. Ello nos conduce a las dos normas fundamentales que deben de servir de referencia para afrontar el problema. La Constitución Española de 1978, y más concretamente los artículos 1, y 149.1.8 de la misma, y el artículo 1 y 10-5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979 y como expresión de una voluntad política, a los efectos del estudio propuesto, la conocida como Ley de Territorios Históricos, tan debatida y que posiblemente sea nuevamente objeto de revisión, a la vista del resultado político de las últimas elecciones.

Formando parte Euskadi de una unidad superior, la nación española, sin embargo, se deja al Pueblo Vasco el derecho y la posibilidad de regulación de su esfera jurídico privada, y no sólo en el aspecto de recoger su viejo Derecho, sino, en algo más importante, el modificarlo, el actualizarlo, y por último, el desarrollarlo en todo su ámbito territorial. Pero hay algo más que decir aquí. Frente a los que limitan o tratan de limitar el alcance de esa voluntad política expresada en la Constitución y el Estatuto, con una lectura excesivamente rigorista y estrecha, hay que decir que como expresión, quizá, más importante que se haya dado a lo largo y a lo ancho de varios siglos de la vida política del Pueblo Vasco, en relación con su Derecho privado, se presenta una interpretación más acorde con la esencia de la voluntad política expresada en los textos reseñados, y recogida en el último inciso del artículo 149.1.8 de la Constitución, *que no es otra que el reconocimiento de la existencia de la competencia para la creación de las propias fuentes de nuestro Derecho*. Tanto es así, que Arechederra, al comentar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 12 de julio de 1984, y relacionar la cuestión planteada por la misma, con el inciso último del artículo 149.1.8 de la Constitución, muestra su sorpresa ante este giro que no puede por menos que calificarlo de político, y reconoce que se da la posibilidad de cambiar, dentro del territorio guipuzcoano, por obra del referido artículo, en relación con el 10-5 del Estatuto, el sentido, en Constitución, del artículo primero del Código Civil, es decir, romper la homogeneidad de la regulación de las fuentes del Derecho español, pudiendo darse, viene a afirmar, la paradoja, que en un territorio sometido durante siglos al Derecho Civil común, hoy salga de esa regulación para poder, no sólo establecer un nuevo y distinto sistema, sino incluso, separarse del general, creando uno nuevo, en cuanto que puede establecer su propia relación, y prelación de fuentes de Derecho, con todo el contenido político que ello comporta y, afirma: «Se trata de un problema político de primera magnitud, se quiebra el ordenamiento jurídico español establecido en la forma prevista en el artículo primero del Código Civil, suponiendo una auténtica fragmentación jurídico-política». Si bien, continúa, que aunque no entiende lo foral, «ello no le impide reconocer su constitucionalización en el tema más delicado y de mayor relieve político: el de las fuentes del Derecho», y, afirma: «¡Esto sí que es fragmentar el Estado!. El monopolio de las fuentes del Derecho es del Estado, como la resurrección de Jesús lo es para los cristianos. Sin ello vanas son las respectivas fes». Y, refiriéndose a Navarra (*mutatis mutandis*, puede referirse al País Vasco), dice: «La Constitución ha hecho suyo, en el artículo 149.1.8 la razón, la piedra angular de lo que es el ordenamiento navarro. Un ordenamiento que, aún vigente, no reconoce la nota esencial del estado liberal, en lo que tiene de contingente: la supremacía de la ley sobre la costumbre. Esta nota ocupa hoy el máximo nivel dentro del total ordenamiento jurídico español, y supone el momento histórico de mayor realce para Navarra. Jamás su idiosincrasia recibió tamaño re-

frendo. Como hecho político pienso que se independiza de la Constitución misma, y de su suerte. Es ésta la razón, por la que tal vez Navarra deba mirar más a 1978 que a 1841. No hay fisura pactada, sino normativamente reconocida.»

Hay, por tanto, a mi juicio, y además de otras muchas, tres cuestiones capitales a la hora de afrontar el problema que se nos plantea.

La primera de ellas se refiere al método de la actualización del Derecho Civil vasco, que, a su vez, nos lleva a preguntarnos cuál es el Derecho a actualizar, si sólomente el vizcaino, o el Derecho privado vasco en general, y, dentro de ello, asimismo, si lo que se pretende o se debe pretender es asumir en profundidad el reto que se nos plantea, afrontando la cuestión de raíz, en las fuentes, asumiendo en suma, el propio sistema, tal y como lo permite el inciso último del artículo 149.1.8 de la Constitución, recreándolo, o, es más prudente el ir escalonadamente haciendo reformas parciales del Fuero de Bizkaia, tratando de ver la posibilidad de extender sus «reglas» o instituciones a Guipúzcoa, lo que supone, a mi juicio, el aceptar un «minus» y con ello el riesgo de que se pudiera entender como una renuncia a la asunción del propio sistema.

La segunda cuestión se centra en la determinación o fijación del sujeto activo llamado a definir y a desarrollar la acción política que afecte a la cuestión planteada, y que, no ofrece duda alguna, deberá ser el parlamento Vasco, sin perjuicio de que a la hora de plasmarlo en la realidad normativa se deba de contar con los sujetos afectados, además de la iniciativa legislativa apuntada por el Profesor Celaya, lo que no se pone en duda.

Hay una tercera cuestión que también apuntamos, y es la referente a la necesaria armonización del sistema vasco surgido de la Constitución y el estatuto, con la normativa que viene emanando por vía de derecho administrativo, desde el poder central, todo ello afectante a nuestro tema.

La primera cuestión, es decir, la referente a las fuentes, y en suma a la asunción del propio sistema, tiene especial importancia. Como guipuzcoano, o mejor dicho, como estudioso de la historia de las instituciones jurídico privadas guipuzcoanas, puedo afirmar que en este punto se encuentra la cuestión de fondo, el «núcleo». Precisamente el punto de arranque de la unificación jurídica propugnada por los reyes castellanos, preludio de la política, ante el sucesivo fracaso de la introducción, primero del Fuero Real, y después de Las partidas, como Derecho general de primer rango, se realiza e intenta, con éxito, a través del Ordenamiento de Alcalá de 1348, cuya intención fundamental es establecer la jerarquía de las fuentes del Derecho castellano, y, si bien se respetaba como Derecho primario los Fueros municipales, para introducir como Derecho supletorio el Fuero Real y Las Partidas, la realidad es que al ser los Fueros municipales, Fueros breves, Fuero Real y Partidas pasaran a ocupar el primer rango en tal jerarquía. En suma, el Derecho romanizado de la recepción, desplaza al Derecho originario y, se produce su plasmación definitiva en el viejo artículo 6, y en el actual artículo primero del Código Civil.

Por lo tanto la recuperación del propio orden de jerarquía de fuentes, en suma, del propio sistema, supone un punto de inflexión máximo, en el sistema del ordenamiento español, y se traduce en la recuperación del «nomos de la tierra», por emplear una expresión feliz de Carl Smith.

No se trata de un cheque en blanco, en cuanto que el ordenamiento jurídico exige una armonía y debe estar presidido, como hemos dicho antes, por el principio de la homogeneización, que puede tener su expresión máxima en el principio del «interés general», establecido en el artículo 150.3 de la Constitución, pero significa, la posibilidad de la recuperación del propio sistema.

La segunda cuestión planteada se centra en la determinación del sujeto activo llamado a definir o desarrollar la competencia recuperada en materia de Derecho privado, por parte del Pueblo Vasco,

Es incuestionable que tanto la Constitución Española de 1978 como el estatuto de 1979, y la actividad política desplegada hasta el momento por el legislativo vasco, plasmado en la Ley de Territorios Históricos, ha definido que, en materia de Derecho privado, el sujeto activo debe ser el Parlamento Vasco.

El temor expresado por el Sr. Celaya en su ponencia me parece natural. Nadie discute el principio democrático. La cuestión, entiendo, no está centrada en sí en la composición de la Cámara Vasca, hay más o menos juristas romanizados, sino en si a esa Cámara se le han trasladado los suficientes instrumentos y medios de conocimiento doctrinales, en suma, una doctrina suficientemente elaborada, para que pueda desarrollar, sin que nadie se sobresalte, esa tarea de armonización y homogeneización que le corresponde. El reproche no puede legítimamente dirigirse a una Cámara legislativa, si no es en el caso en el que ésta haya ignorado olímpicamente, por razones de interés partidista, o principios ideológicos, la doctrina elaborada previa y razonadamente. el reproche habrá que dirigirlo precisármene a la doctrina, puesto que hoy, es sabido, después de la aportación de «Attias», que es precisamente la doctrina la fuente primera del Derecho. La cuestión o cuestiones, por tanto, se trasladan a otro ángulo. ¿Podemos afirmar hoy que existe un cuerpo de doctrina suficientemente serio y profundo, como para poder elevarlo a la Cámara Legislativa Vasca, para la formación del propio Derecho privado de nuestra Comunidad?

Debemos empezar por el principio.

Hay una última cuestión que debe ser tenida en cuenta, y que es a la vez una luz y una sombra, sobre la cuestión planteada en estas Jornadas. Su enunciado podría hacerse así: «Las Constituciones pasan, el Derecho Administrativo permanece».

Hemos venido haciendo referencia en todo momento al Derecho privado vasco. Hemos visto, a lo largo de nuestra experiencia, las dificultades que para la realización práctica del sentimiento jurídico vasco, nos ha ido imponiendo el Código Civil y la doctrina científica civil: prohibición o dificultades para el mantenimiento del principio de la troncalidad... Sin embargo, vemos, con sorpresa, que si ya comenzaba a ser difuso, en otros órdenes el límite de la separación de lo público con lo privado, y no sin desasosiego, vemos el avance imparable del Derecho Administrativo en su consolidación de intervencionismo estatal, observamos que esas limitaciones del Código Civil, a la postre, y por lo que se ve, más políticas que jurídicas, van siendo soslayadas por la vía del Derecho Administrativo.

El llamado Derecho agrario, ¿qué otra cosa es otra cosa, sino una invasión de lo público, de lo administrativo, en el ámbito del Derecho Civil?. Como botón de muestra, válganos la cita de la Ley de 24 de diciembre de 1981, número 49/81 que aprueba el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, en donde se consagra, entre otras figuras, la del pacto sucesorio, y, como dice Arechederra, donde se encuentran las más sorprendentes novedades.

De todo ello se deducen varias conclusiones. La primera que los principios e instituciones que eran la base del Derecho foral, han sido recibidos con mayor o menor fortuna, en parte por el Derecho Civil, y en parte y fundamentalmente por el Derecho administrativo. La segunda, que no hay principios inmutables, estando vigente el pensamiento heraclitiano, si bien el mundo, como dice Octavio Paz, se mueve en una continua vuelta y revuelta. Y tercero, que es necesario el afrontar el estudio que la cuestión planteada en su mayor amplitud, no reduciéndolo al campo exclusivo de las instituciones, ni a un solo territorio histórico, y, por últi-

mo, que la responsabilidad de que el Derecho vasco adquiera carta de naturaleza, sea actual y responda a las necesidades de armonizar y homogeneizar a la Sociedad Vasca, en suma, que cumpla el fin político que corresponde al Derecho, recae primero y fundamentalmente en la doctrina. Ahora bien, debemos asumir esa tarea con humildad y conscientes de nuestras limitaciones, pues como dice Paul Valery: «Es necesario recordar a las naciones crecientes que no hay ningún árbol en la naturaleza que, aunque colocado en las mejores condiciones de luz, de cielo y de terreno pueda engrandecerse y crecer indefinidamente». Queridos amigos juristas vascos aquí reunidos, ese es nuestro reto. Muchas gracias.

* * *

Moderador: Vamos a reanudar la sesión comenzando por el debate y para hacer las observaciones que considere oportunas sobre las intervenciones que se han producido tiene la palabra el ponente, Sr. Celaya.

D. Adrián Celaya: No voy a hacer un resumen de todas las intervenciones, sino que voy a destacar los puntos salientes que más o menos me han sorprendido. La discusión o el debate de hoy probablemente va a ser mucho más académico porque nos faltan los políticos. Nos faltan, aunque nos son necesarios, pues realmente tienen que tomar decisiones importantes sobre este tema.

Voy ahora a ocuparme de comentar desde el punto de vista de la ponencia algunas cosas que se han dicho aquí.

Edorta Herrera y Nazario Oleaga, han hecho un trabajo muy hermoso que creo que será bueno leerlo cuando esté publicado. El resumen que nos ha transmitido Oleaga tiene importancia. De la reseña histórica que ha hecho, aunque creo que aquí no estamos para hacer historia sino para hacer Derecho positivo, me quiero quedar con una cuestión que me da pie a decir algo que yo no había dicho antes pero que estaba en mi mente. El tema de la Concordia de 1630. Esa Concordia de 1630, como sabéis, permitía a las villas asumir el Derecho de las anteiglesias pidiendo la correspondiente autorización a la Diputación, es decir, cualquier villa de Bizkaia se podía convertir en tierra aforada sin más que solicitarlo. Como sabéis, cuatro villas se acogieron a esa famosa Concordia de 1630. Lo que quiere decir también que, volviendo a nuestros usos y nuestros derechos forales, dentro de Bizkaia estaba claro que había una posibilidad de disponer del Derecho positivo y de forma colectiva por las villas. Cuando yo he hablado del derecho de elección he hablado exclusivamente del derecho individual de opción pero en el proyecto que hemos elaborado y que también recoge Arzanegui se regula una opción colectiva a la que ayer se refirió Mitxel Unzueta pero que no la recogimos porque me parece que era tema de hoy. Esa opción colectiva es una decisión política que tendría que adoptarse a nivel político y sobre todo si se quiere del ámbito de Bizkaia.

Al final, si no he entendido mal a Oleaga, he llegado a la conclusión de que defiende una interpretación en armonía con el Código Civil según la cual, sin modificar nada prácticamente, no hay una dificultad teórica decía él, pues se podría aplicar la Ley foral, la costumbre foral y los principios generales del Derecho foral, acudiendo simplemente al artículo primero del Código Civil.

Tengo muchas dudas sobre esto, me parece que es muy determinante la disposición final segunda de la Compilación en la que se dice lo siguiente: «En lo no previsto en esta Ley (y no, por lo tanto, en la costumbre ni principios generales ni nada) y en tanto no se oponga a ella, se aplicarán directamente en el Infanzonado de Bizkaia y en el territorio foral de Alava, el Código Civil y las leyes que estén declaradas vigentes». Me gustaría poder participar de esta interpretación que se hace de la ponencia en la comunicación, pero le veo esa dificultad.

En cuanto a la ponencia del Sr. Fernández Bilbao, que también tiene mucha envidia y tiene una larga introducción histórica, parece que quizás la conclusión más interesante que sienta es la de que el Derecho foral es la norma general en Bizkaia. El derecho común es la excepción. Es decir, en cualquier caso de duda lo que tenemos que aplicar es el Derecho foral y no el Derecho común. También me gustaría que esto fuera así, pero no lo encuentro expresamente dicho en ninguna ley, es más, tenemos un antecedente pésimo que es aquella sentencia del año 1956 en relación con Elorrio en la que por no haberse probado que era territorio foral se declaró que el territorio era de Decreto común sencillamente porque la regla que aplicaban era a la inversa. Me parece que también esto habría que ponerlo un poco más en claro. En cuanto a que en el término municipal de Bilbao se aplique el Fuero exactamente igual que en las demás villas: Los que somos jóvenes pero no tanto como para no haber conocido la vigencia del Fuero en Bilbao, hemos visto muchas escrituras de Deusto, de Enécuri, de Begoña en las que se disponía con arreglo a Fuero pero de esto hace ya muchos años, y ¿Cuál es la dificultad de extender el Fuero donde rige el Derecho común?. No está el problema en la troncalidad como institución genérica, sino sobre todo en el Derecho de Saca foral. El Derecho de Saca foral resulta enormemente perturbador en las zonas en que se ha introducido el tráfico urbano. Por eso nosotros cuando estudiábamos este tema hemos leído mucho sobre cuál podía ser el alcance de la troncalidad, incluso hemos llegado en algunos de los preceptos que aparecen, en el texto de Arzanegui, a la conclusión de que había que eliminar de la troncalidad la enajenación y transmisión de fincas urbanas edificadas por pisos, a no ser que se tratara de la vivienda familiar, aún en ese caso exclusivamente en favor de los descendientes. Si efectivamente pudiéramos introducir esa limitación, ya no sería problema meter en Deusto el Fuero, porque realmente dejaríamos exentas de la troncalidad las transmisiones, donde verdaderamente resultan problemáticas.

Otra referencia que ha hecho Fernández Bilbao es el artículo 42. No he querido, por no extenderme, hablar de este artículo 42. En realidad en la Compilación hay dos normas de conflictos, el artículo 10 del cual me he ocupado para tratar de superarlo y el artículo 42 que se refiere al problema de la ley aplicable en el matrimonio. El artículo 42 que creo que debe ser derogado, es un texto que prohíbe las capitulaciones matrimoniales entre cónyuges, esto ni es tradición de Bizkaia, ni es Fuero de Bizkaia ni tiene ninguna razón para ser mantenido en el momento actual. De manera que yo creo que respecto al artículo 42 estamos todos de acuerdo, sin que haya habido ninguna vacilación. No me importaría que hubiera mañana, pasado mañana, un artículo de Ley única que dijera «queda derogado el artículo 42 de la Compilación» sin más, aunque no se regulase ninguna otra cosa.

Ahora vamos a pasar a la intervención del Sr. Navajas. Bueno, muchas gracias por lo de la vocación jurídica de Bizkaia y, francamente me ha sorprendido porque esa vocación jurídica la veo muy lejos, es decir, me parece que es limitadísima, quizás en su tiempo haya existido. Las Ordenanzas de Bilbao salieron hace muchos siglos, pero no siento que haya una auténtica vocación jurídica en Bizkaia, es más, creo que una de las conclusiones que podríamos sacar de estas reuniones es la de que tendríamos que hacer un gran esfuerzo para interesar al mundo jurídico vasco de una forma colectiva. Y por supuesto, no sólo al de Bizkaia sino a todo jurista del País Vasco. Este tema que es vital, porque el Derecho privado es un derecho permanente y refleja las peculiaridades raciales mucho más que ningún otro.

Por último, el amigo Sanz Uranga ha tenido la atención de resumir las notas que yo creo que son riquísimas, pues nos ha dado una referencia de lo que ocurre en Alava, una referencia muy directa, porque él, como Notario y como vasco, conoce muy bien, y siente muy bien y se interesa mucho por estos problemas. Yo no sé si efectivamente Alava es tan pequeña como él dice, no soy partidario de ponerla como pobre y triste, pero lo que sí es cierto es que la coexis-

tencia de tres legislaciones distintas, hace de Alava un territorio muy singular. El tema de los alaveses no aforados, por ejemplo, es que si se regula la opción se pueda admitir una opción por la legislación de Ayala. A mí me parece perfectamente natural, lo que ocurre es que quizás aquí hemos ido por líneas distintas el Colegio de Notarios y el Seminario nuestro. Como nosotros pretendíamos hacer una legislación para Bizkaia, no nos hemos ocupado de ese tema. Y por lo tanto también las Juntas de Alava tendrían algo que decir, como los municipios de Aramaiona y Llodio. Aunque reconociendo, como ya decíamos al final ayer, que el rango de Ley formal sólo puede obtenerlo cualquier modificación a través de una Ley del Parlamento Vasco, eso está claro, nosotros estamos hablando de iniciativas legislativas, que incluso hasta podríamos comenzarlas recogiendo firmas aduciendo uso del derecho de petición.

Por último, a mí me quedaba la duda de si ese texto tan pequeño ha dado lugar, a pesar de ser tan breve el Fuero de Ayala, y más admirable, porque dentro de su pequeñez encierra un régimen sucesorio y un régimen familiar muy completo, quiero saber si ese régimen ha dado lugar al nacimiento de un usufructo poderoso muy similar al que se utiliza en Bizkaia, incluso a que surjan formas de poder testatorio. Me parece que para que no pueda haber dudas sobre la licitud de esas instituciones, quizás sería bueno recoger en un texto esas instituciones, y nada más.

Muchas gracias a todos los que habéis intervenido, y lo que voy a decir para los que nos habéis padecido en esos asientos, es que mañana nos proponemos que todas las intervenciones sean más breves, y el primero voy a ser yo, que voy a tratar de limitarme a la lectura de la parte de la ponencia que se corresponde con lo que se reserva para mañana. Nada más.

Moderador: Gracias al Sr. Celaya. Cualquiera de los miembros de la mesa, de los intervinientes, puede hacer uso de la palabra. El señor Oleaga.

D. Nazario Oleaga: Bueno, yo en primer lugar, con respecto a lo que acaba de darme el Sr. Celaya, quería comentar que en primer lugar nos hemos encontrado con la dificultad del escaso tiempo que hemos tenido para exponer nuestras comunicaciones respectivas, lo que nos ha obligado a resumir dejando, incluso, muchas cosas que hubieran sido de interés comentar, de todos modos sí quiero decir que de la comunicación lo que he tratado de dejar sentado es que se vea cuál es simplemente el estado de la situación actual en materia de fuentes que no se regula nada en la actual Compilación, y cuál puede ser la línea de actualización a seguir en esta materia. No me he remitido antes en la exposición al 149.1.8 de la Constitución ni al 10-5 del Estatuto, pero lógicamente está claro que para haber llegado a esas conclusiones, he tenido que pasar por ellas, simplemente he querido hacer esta matización.

D. Alvaro Navajas: Lo que realmente quiero expresar en mi comunicación son unas pocas ideas importantes. La primera es que en Guipúzcoa existe una práctica consuetudinaria, todavía viva, de transmisión de la casa y de regulación de las relaciones familiares, expresada de una forma parecida al Derecho de Navarra y en algunas zonas de manera parecida al Derecho vizcaino.

La segunda es que fundamentalmente lo que quiero expresar es mi enorme preocupación por lo que realmente es lo que debemos hacer, con un criterio ambicioso, todo ello sin perjuicio de afrontar cuestiones puntuales que se han planteado hoy y que son muy urgentes. La actuación ambiciosa a la que me refiero, y a la que he hecho alusión en la comunicación, es la necesidad de crear una comisión de juristas que sea la que vaya estableciendo y marcando un camino y un ambiente, cree una doctrina, una opinión como referencia, a la hora de tomar una decisión sobre este tema. Es un tema muy serio y como tema serio debemos tomarlo muy en serio. Creo que una de las conclusiones que pudieran salir de estas Jornadas

es la de dirigirse a los poderes públicos para que creen una comisión de juristas que estudie el tema de la incidencia de la costumbre y de las normas de Derecho privado propiamente del País Vasco en nuestra sociedad.

Sr. Celaya: Es que algún parlamentario me ha dicho y creo que demuestra una ignorancia supina del asunto, que habría que extender el Derecho vizcaino a toda Guipúzcoa. ¿Cómo recibiría Guipúzcoa una extensión del Derecho vizcaino?

Sr. Navajas: Estoy de acuerdo en la calificación de ignorante que se hace de tal político, y contestando a su pregunta, si se me permite un símil fácilmente inteligible, sería como si el Athletic le metiera seis goles a la Real en Atotxa. Es decir, creo que muy mal, porque el problema que aquí tenéis es que no están muy claramente delimitados los ámbitos de aplicación territorial, pero allí sí, pues cada individuo es una isla dentro de un proceloso mar de Derecho Civil, o sea de Código Civil. De tal manera que cualquier guipuzcoano que habite en los lugares donde se aplica la costumbre guipuzcoana estaría dispuesto a que se extendiera a Guipúzcoa el Derecho de Ayala, pues en el fondo lo que se está cuestionando es un problema referente a la libertad civil más importante, como es la libertad de testar, ya que en cuanto al resto de las cuestiones de Derecho foral, hay que recordar que en la legislación civil general se están recibiendo y las corrientes doctrinales van por esa línea, pero la cuestión de la libertad de testar todavía no ha sido asumida. Por tanto creo que sería muy distinto el que a la Real le ganara un combinado del Athletic y del Alavés.

Moderador: Aunque mi intervención no consiste en opinar, sí creo que tengo facultades para preguntar. Y ahora la pregunta es mía también para el Sr. Navajas.

Aunque no la aplicación íntegra del Fuero de Bizkaia, pero ¿cómo recibiría Guipúzcoa la posibilidad de aplicar determinadas instituciones y cuál sería el ámbito territorial de aplicación de esas instituciones?

Sr. Navajas: Bueno, yo no lo sé, no sé cómo lo recibiría, realmente no lo sé, pero yo creo que se podría aplicar muy bien en toda la zona próxima a Bizkaia, todo lo que es Vergara, Mondragón y toda su zona. Se podría perfectamente aplicar, o bien el Fuero de Ayala o bien el Fuero vizcaino o parte del Fuero vizcaino, que, quizá quien mejor lo podría decir sea un Notario; porque realmente el Notario es el que interpreta un poco el sentido de lo que quiere la institución y adaptarla al Código Civil, hacer un poco el «menagement» ese para salvar lo que realmente quería la persona que iba a su consulta.

Moderador: Sobre el mismo tema, el Sr. Sanz Uranga.

D. Francisco Sanz Uranga: Pues abundando en la idea de que las zonas próximas de Guipúzcoa a Bizkaia, el Goierri, Deva, cuanto más arriba, más; yo estoy haciendo «alkarpoderosos» para la gente de Vergara y sitios así, porque se lo digo una vez a un matrimonio amigo y la señora dice: «¡Ah, Alkarpoderosua!». Sí, sí, eso, y con arreglo al 831, del cual tengo experiencia desde el año 76, pues se están haciendo los testamentos así.

Moderador: Gracias, muchas gracias. El señor Fernández de Bilbao tiene la palabra.

D. José Miguel Fernández de Bilbao: Sólo deseo hacer constar aquí que, si he hecho un poco historia del tema es precisamente porque la dualidad legislativa está ahí; no ha nacido por generación espontánea. Y yo creo que necesariamente lo primero que tenemos que hacer es percatarnos de esa dualidad de nuestro Derecho, de esa identificación del Derecho vizcaino caracterizada por la permanente colisión de los regímenes jurídico-civiles coexistentes sobre el territorio.

Con arreglo a lo que ha dicho el compañero Alvaro Navajas, Guipúzcoa y Bizkaia partieron del mismo principio, es decir que, había tierra llana y había villas. Pero, sin embargo, posteriormente la institucionalización de sus ordenamientos ha sido completamente distinta en el sentido que precisamente la conformación del Señorío de Bizkaia, la misma historia legislativa del pueblo vizcaino ha sido, ha venido diferenciando su dualidad legislativa. Con una particularidad además, que en muchos de los aspectos de esa evolución no vemos sino una confirmación de ese espíritu nato, de esa identidad o identificación del pueblo vizcaino que ante la extensión y ampliación del derecho castellano a través del Ordenamiento de Alcalá que se hacía vigente en las villas, buscó esa reacción misma; porque no es menos sintomático que a raíz de publicarse, bueno un siglo después, el Ordenamiento de Alcalá en el año 1348, naciese ese espíritu, esa idea, ese deseo del pueblo vizcaino de recoger «tales usos, costumbres y Fueros que no estaban escritos» en forma de una Compilación que plas-mó en el Fuero Viejo de 1452. Con la particularidad que ya antes de esa fecha, en el Capitulo de 1342 (1), que es coetáneo con el ordenamiento de Alcalá, los junteros convocados y reunidos en Junta General en Guernica respondieron a su señor confirmando la existencia de usos y costumbres tradicionales que eran los Fueros de Bizkaia; a fin de que se supiese ciertamente lo existente entonces y preservarse lo mismo en adelante. Fuero consuetudinario de la tierra llana que había que defenderlo.

Por eso, si me he extendido en la parte histórica ha sido para poner de relieve ese trans-fondo histórico que tiene tanta importancia en la conformación del Señorío de Bizkaia, esa dualidad legislativa que no cabe duda que es uno de los rasgos de identidad del pueblo vizcaino, y podría decirlo del pueblo vasco también, juntamente con su idioma, ese derecho propio, esas particularidades del mismo. Por un lado.

Por otro lado, quería simplemente hacer constar que respecto a la troncalidad, una de las cuestiones a abordar en la actualización del Derecho foral vizcaino, no hago otra cosa sino apoyar la tesis de Arzanegui. La troncalidad, yo estimo como punto necesario, no ha de partir de la redacción del artículo 6 de la Compilación como tal, con una remisión que hace al Código Civil, sino más bien, se deben citar, se debe enumerar mejor dicho qué bienes raíces deben ser troncales, de la misma forma que se hacía por ejemplo en los antiguos Ante-proyectos. Ese punto de vista, teniendo en cuenta la realidad sociológica de la Bizkaia actual, valdría mucho, precisamente para evitar las complicaciones que pueden llevar consigo los llamamientos forales y el ejercicio del Derecho de Saca, pues se podría buscar una coordinación de principios.

En lo que se refiere al artículo 42 de la Compilación, no he hecho nada más que tener en cuenta que, una vez de haber sido promulgada la Constitución por un lado, y por otro lado, la reforma que ha hecho el Código Civil en la nueva formulación del artículo 66, en coherencia con el artículo 32.1 de la Constitución, en que establece la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer («El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes»), sí había que superar aquella norma de conflicto; y, no he dicho tanto como derogarlo pero de todas formas me parece que he dicho claramente que el artículo 42 de la Compilación podría interpretarse como contrario a la igualdad jurídica dentro del matrimonio de la condición jurídica del marido y la mujer. Convendría superar la actual redacción del mismo; ahora que si es preciso derogar esa «norma de conflicto» pues, estoy conforme en ese sentido.

Sr. Navajas: Yo quiero decir una cosa más, contestando a las preguntas que me han hecho Adrián y Julián, teniendo en cuenta que sobre el particular he tenido una experiencia per-

(1) Capitulado de los vizcainos y su señor D. Juan Núñez de Lara.

sonal con la Diputación Foral de Guipúzcoa que puedo decir ha sido negativa en este aspecto. Cuando Guipúzcoa durante siglos se ha estado dirigiendo a los poderes públicos tratando de obtener el reconocimiento e institucionalización del Derecho privado hasta el siglo XIX, momento en el que sorprendentemente y a pesar de los antecedentes de siglos previos, Guipúzcoa no entra en las comisiones de codificación, en los años 20 a 30 de este siglo, la Diputación de Guipúzcoa toma conciencia del problema y empujada por Bonifacio Echegaray y Aranzadi, decide se haga un estudio profundo sobre la cuestión, llegándose a elaborar un anteproyecto de Ley muy interesante, en el que se recogen y actualizan para la época varias de las instituciones vizcainas, y se asumen criterios que hoy todavía nos parecen progresistas y que han sido recogidos por la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos del año 1980, como es el acceso a la propiedad. Quizá por este halo progresista un sector de la sociedad guipuzcoana creyó que los redactores del anteproyecto eran poco más o menos que «rojos», logrando ante la oposición que se formó en la opinión pública que el anteproyecto no siguiera adelante. Aunque les sorprenda, se decía que los redactores del anteproyecto eran comunistas, porque querían ir a la apropiación de la tierra, organizándose un gran revuelo y escándalo, que obligó al Presidente de la Diputación Sr. Lizasoain, a retirar el anteproyecto. Realmente el anteproyecto se adelantó 50 años, pues en el art. 98 y 99 de la Ley de Arrendamientos Rústicos del año 1980 se establece el derecho de acceso a la propiedad de los arrendatarios. Pues bien, con estos antecedentes he intentado que la Diputación tome en serio el asunto. Les he mandado una memoria, unos informes, en fin, les he pedido que tomen en serio el problema, y he recibido como contestación una carta muy amable en la que me animan a seguir investigando y que están muy contentos con mi investigación. En fin, por eso digo que en Guipúzcoa en este momento existan o se den las condiciones necesarias de afrontar el tema, fundamentalmente por la actitud de los poderes públicos.

Moderador: Vuelvo a ejercer la digna facultad de preguntar, porque hay una cuestión que me parece un tanto preocupante, bueno, más que un tanto. Y para fundamentar la pregunta creo que debo dar alguna explicación también, aunque con ello apunta ya mi punto de vista.

En la exposición en la comunicación del Sr. Fernández Bilbao, se concluía que la redacción del artículo tercero de la Compilación podría contener este texto: El territorio como determinante de la, el concepto de villa donde se aplica la legislación común, sería el territorio incluido en el perímetro actual o futuro de su respectivo núcleo urbano calificado como suelo urbano en el plano urbanístico correspondiente.

La extensión de la legislación común al núcleo urbano de las villas expresado en estos o en parecidos términos, no tiene tradición en la legislación vizcaina, es una innovación de la Compilación que no tiene más historia de 27 años en estos momentos, y pregunto puesto que esta determinación del territorio sujeto a legislación común, si bien sería, quedaría definida y entiendo que tampoco no tanto definida puesto que se habla del núcleo urbano, y el núcleo urbanizable va transformándose en núcleo urbano, sin necesidad de una actuación específica municipal, pregunto, teniendo en cuenta que este territorio continuaría siendo móvil a medida que el núcleo urbano se fuera expansionando, y que en sucesivos planeamientos urbanísticos se fuera extendido, nunca retrocediendo, ¿es interesante, es conveniente, es aceptable que la delimitación territorial de las dos legislaciones sea una raya móvil?, pregunto también, ¿hay razones para ceder en favor de la legislación común el territorio que ocupado por un núcleo urbano consiste en la expansión del núcleo originario de la villa?. Y tercera pregunta, ¿no se consideraría suficiente que la determinación del núcleo originario de la villa donde hasta el año 1959 regía la legislación común viniera precisa y concretamente determinada por disposiciones de otra naturaleza?

Sr. Fernández de Bilbao: En primer lugar, este texto aludido está inspirado en el que redactamos la Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Bilbao y en él como se vé fundamentalmente ha desaparecido el párrafo 2.º del artículo 3.º de la Compilación que con el criterio de anexión: «. se presumirán anexos a las mismas.. » daba lugar a que se fuese ampliando el Derecho común. Así el texto no tiene otra finalidad sino determinar en cada caso concreto el territorio que comprende el núcleo urbano con arreglo a normas administrativas que tienen que tener en cuenta como es normal el concepto del suelo urbano y también el tratamiento urbanístico correspondiente. Ahora bien, esto no es una afirmación sino sólomente es un punto de partida, y en ese sentido precisamente para poder trazar esa línea o perímetro de los respectivos núcleos urbanos sujetos al Derecho común sin indeterminación de límites; significa simplemente un planteamiento en el cual entiendo que había que tener en cuenta estos criterios objetivos que como es natural estarían dados por los respectivos ayuntamientos que serían los que determinarían aquellos perímetros, entonces incluso hasta podrían entrar los fundamentos o razones políticas en cada caso o ayuntamiento particular, por un lado.

En cuanto a lo que se refiere al «núcleo urbano originario» a que se alude en el borrador expresado del Colegio Notarial, sí se podría mantener, es cierto, si bien lo que me ha parecido es, precisamente, que para determinar dentro de un casco urbano actualmente, por ejemplo, cuál ha sido el «núcleo originario» sería muy difícil delimitarlo en el sentido de que ha habido en los últimos tiempos una expansión en muchas villas (Durango, Guernica, etc.) a las que han sido anexionadas anteiglesias o incorporadas como anexos «heredades y tierras inmediatamente contiguas..» de lo que resulta que una calle por ejemplo, la casa señalada con el número 32 sería núcleo urbano «originario» y la casa que tuviera el número 34 estaría sometida a otro régimen jurídico, y es precisamente para evitar esa indeterminación de lo que se trata. Por lo tanto, estos son criterios objetivos que apunto que, como es natural, no quiere decir que tengan que llevarse a cabo sino más bien que deben ser objeto de estudio para determinar esa línea o perímetro que se ha de marcar en la actualización para que quede claro, concreto, en cada caso particular, hasta dónde llega el Fuero y hasta dónde llega la legislación o Derecho común.

Moderador: El señor Beristain me había pedido la palabra. Se le ruega que si la pregunta que formula se refiere a alguno de los temas concretos específicos presentados por alguno de los comunicantes, diga a quién se refiere.

D. Ignacio Beristain: Me voy a referir a todos los que componen la mesa. Teniendo en cuenta, repito, que todos los conferenciantes de una forma magistral nos han hablado del derecho de troncalidad, nos han hablado del Fuero de Ayala, nos han hablado también, concretamente el compañero Navajas, del Derecho foral que existió hasta el año 1340 en Guipúzcoa y como se ha vislumbrado que parecen en su conjunto y también el apreciado notario bilbaino Sanz Urrangarri que de una forma tan chispeante nos ha impuesto una serie de realidades de una forma telegráfica, gráfica y muy bien exployada, entonces yo me permito hacer referencia precisamente a la Ley de Arrendamientos Rústicos que se promulgó el 19-2-1981. En esta Ley de Arrendamientos Rústicos se presenta un problema atroz, atroz, asombroso, con relación al derecho de troncalidad, que rige en el Fuero la Compilación de Bizkaia, concretamente en relación a ese acceso a la propiedad que contemplan los artículos 98-99, y más concretamente me refiero a la disposición adicional que dice concretamente lo siguiente, permítaseme leerlo: Disposición adicional «La presente Ley será de aplicación en todo el territorio nacional sin perjuicio a la aplicación preferente de los Derechos civiles, forales o especiales en todos los territorios del estado donde existan normas peculiares al respecto». Pues bien, si en nuestra Compilación existen el derecho de troncalidad y existe el derecho preferente de los parientes troncados para adquirir la propiedad he aquí el momento de hacer una sugerencia a la mesa y

más concretamente a la Comisión de Vizcaya, Guipúzcoa o Alava de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, para que promuevan bien ante las Diputaciones, bien ante los ilustres Colegios de Abogados, o incluso al Colegio Notarial de que tramite a las autoridades, y mejor sería quizás a las Juntas Generales de Gernika por lo que respecta a Bizkaia, para que luego sometan ese estudio al Gobierno, al Parlamento Vasco y si bien ayer me fue imposible asistir, por una referencia me he enterado que el Sr. Celaya hizo referencia a los 25 diputados de Alava, de Bizkaia y de Guipúzcoa, asiento en un todo con lo que debió de decir por la sencilla razón de que en Alava no tienen el problema de la Compilación del Fuero ni el derecho de troncalidad, y por tanto es así que después de casi seis años que se ha promulgado la Ley de Arrendamientos Rústicos no ha habido ningún ente público ni entidad de ninguna naturaleza que se haya interesado en aclarar esta situación. Conocedor es el compañero también D. Julián Arzanegui que sabe, y le consta igual que al que les está dirigiendo la palabra, que hay una serie de pleitos entablados en varios juzgados de primera instancia de Bizkaia y que no ha habido todavía una resolución y concretamente al asunto que llevamos los dos, Julián y yo podemos decir que se solicitó por esta parte que antes de dictarse sentencia se elevasen los autos al Tribunal Constitucional, se terminó el período probatorio..

Moderador: Perdón, Sr. Beristain. Creo que los temas concretos de un asunto no son motivo de planteamiento.

Sr. Beristain: Pero no es tema concreto, es tema de carácter general para toda la Compilación. Digo yo no convendría que se definan y evitemos una serie de pleitos, máxime cuando el vulgo en general dice que los abogados somos los que buscamos pleitos. Yo lo que quiero es que ya se decida concretamente si procede el derecho preferente del troncal o si, por el contrario, es el arrendatario el que tiene ese derecho de adquirir de forma forzosa la propiedad.

Moderador: Gracias por su sugerencia.

D. Javier Oleaga: Dos comentarios muy breves; uno relativamente a que el Notario Sr. Fernández de Bilbao ha hablado de los vizcainos de villa y los vizcainos de tierra llana. Yo entiendo que vizcainos siempre ha habido tres clases de vizcainos y en el Fuero también ha habido tres clases de vizcainos, el de la tierra llana, el de villa y el que está fuera de su territorio (creo que algo de esto ha tocado el Sr. Sanz Uranga). En el Fuero de 1526 era clarísimo que existía esta diferencia. Que existían vizcainos de tres clases es indiscutible, aunque el Tribunal Supremo haya dictado sentencia muchas veces olvidándose de ese tercer vizcaino; y también creo que incluso en el proyecto o anteproyecto que tienen redactado los Amigos del País de Vizcaya, se recoge algo de esta diferente vizcainía.

Y otra cuestión que se ha hablado aquí ayer y que hoy se vuelve a hablar, que es la cuestión de la opción, lo que sí creo yo es que en las conclusiones que se vayan a adoptar de estas Jornadas, convendría diferenciar, porque veo, o yo entiendo que se confunde mucho, entre la opción a título individual, que es el que hace más hincapie el Sr. Celaya, y la opción por términos municipales, a la que hace más alusión algunas otras personas.

Ayer, por ejemplo, el Sr. Arriola, también era enemigo de la opción, pero entiendo que se refirió a la opción personal, y el mismo Sr. Loidi, con un carácter mas bien político, no se mostró ni partidario ni contrario a la opción, pero hacia una referencia a la opción sobre términos municipales.

Indiscutiblemente la opción tiene un contenido político. Yo creo que si se pretende una reforma y una acomodación a los tiempos actuales del Fuero de Bizkaia, o del Derecho Civil de Bizkaia, habría que proponer esta opción general. ¿que luego los políticos no la aprueban o la pospongan?. Correcto, están en sus facultades; pero yo creo que se debiera de proponer

esta posibilidad de opción, porque al fin y al cabo cada vez que se ha tocado oficialmente la unificación civil de Bizkaia, ha tenido carácter político, pero se ha cambiado; cuando se redactaba el Fuero, ya se decía las tierras llanas, etc., etc., etc.; cuando se fundaban las villas, también eran un gesto político de las Juntas con el señor de Bizkaia y también se les imponía el Fuero de Logroño.

En el año 59 cuando se compila la legislación foral de Bizkaia, también es un acto político y también se retoca su extensión, puesto que hay una serie de villas, aparte de las tres en las que nunca se aplicaba el Fuero que quedaron regidas por la Compilación. Con la Concordia del año 1630, hay una serie de villas, no sé si son 5 ó 6, a las que se les excluye del Derecho Civil común. Luego, tan posible es que el Derecho foral se extienda a las villas y sustituya al Derecho común, como que el Derecho común se imponga en esta cuestión.

Y yo (ya me tienen dicho que lo que voy a decir es una barbaridad, según me han indicado foralistas de mucha categoría), en no sé qué artículo de la Compilación se acota el término municipal de Bilbao. La anteiglesia de Erandio, creo que es anteiglesia de Erandio, no creo que es villa desanexionada de Bilbao, es anteiglesia de Erandio, no es villa. Creo que digo una barbaridad al estimar que en Erandio, según mi criterio, rige el Fuero de Bizkaia, digo que es una barbaridad porque personas más competentes que yo han dicho que no, que eso puede ser una barbaridad..., pero también es una cuestión política la desanexión de un municipio. No desciendo a los terrenos que apuntaba últimamente Alvaro Navajas, de que el mismo municipio extienda o no extienda el casco municipal. Pero, el término municipal siempre ha sido un acto político. Yo creo que si se va a proponer una modificación, se debe de proponer también esta opción, aunque luego los políticos decidan otras cosas, la que fuere. Y es que además es muy curiosa la nota que ha dicho Alvaro Navajas de que desde el año 1340 ó 1430 Guipúzcoa ha quedado configurada en todos sus términos municipales, en todos sus términos por villa. Creo que algo de eso también le pasa a Bizkaia, porque yo tengo leído (no recuerdo ahora en qué texto, pero de alguna persona muy entendida en temas vizcainos, escrito desde luego hace 100 años o hace 200 años), que prácticamente todo el Señorío de Bizkaia estaba captando por las villas, y concretamente en el término de la Carta de Fundación de la Puebla de Bilbao, por los puntos que se señalan, aunque sean confusos, se abarca incluso creo que más que el término actual municipal de Bilbao.

Y, sin embargo, a pesar de esa extensión nominativa de las villas a todo el Señorío de Bizkaia, en Bizkaia ha seguido rigiendo el Fuero de Bizkaia en muchos términos. Por lo cual, insisto, en esa idea de que en nuestra proposición, se proponga la opción, sin perjuicio de que luego los poderes políticos no la admitan. Pero que no hay por qué tener ese miedo de que la opción sí, la opción no, como veo que se está tratando en la reunión de hoy, y mucho más en la de ayer.

Moderador: Gracias, D. Javier de Oleaga. ¿Alguno de los presentes quiere...? El Profesor Delgado Echevarría.

D. Jesús Delgado Echevarría: Por si puedo ser útil, mis observaciones van a ir hacia el tema de las Fuentes otra vez, y además directamente más con el ponente que con la intervención de Edorta Herrera.

Me ha parecido entender que no tienen claro que se puede legislar sobre Fuentes. Es que yo lo tengo clarísimo que sí, que cabe constitucionalmente legislar sobre fuentes. Y me ha parecido que el ponente, pues, que bueno, que habrá que ir con mucho cuidado, porque.. Está clarísimo que sí, y ayer no lo argumenté ni entré en el tema casi, aparte de por ra-

zones de tiempo, porque me parecía evidente; pero, por si no lo es, les brindo la siguiente argumentación. Hay otras.

En la Constitución se dice que el Estado, en efecto, legisla sobre fuentes pero respetando los Derechos forales; por lo tanto, el Estado no puede legislar nada sobre Derechos forales de los que tiene que conservar, modificar y desarrollar una Comunidad Autónoma.

Entonces, si me aceptan esta premisa, que creo que no sólo aquí, que es muy fácil, en Madrid también la tienen que aceptar, entonces sólo me quedan dos opciones: o esta Comunidad Autónoma —y yo no entro en qué órgano es el que tenga que hacerlo; Vds. comprenderán...— o esta Comunidad Autónoma puede determinar el sistema de fuentes, en su caso, cambiando el actual, o no hay poder legislativo en el Estado español en el marco de la Constitución del 78 —que se supone por tiempo indefinido— que pueda legislar sobre esta materia. Esta conclusión me parece absolutamente insostenible en ningún Estado contemporáneo. No puede suceder que nadie pueda legislar sobre las fuentes en el Derecho foral de los Territorios Históricos del País Vasco; por lo tanto, es la Comunidad Autónoma del País Vasco la competente.

Y dicho esto y a la vista de lo que me parece que en general a los juristas vascos les gustaría legislar sobre fuentes, o cómo creen que deberían ser, pues yo les sugiero -claro, vanidad mía también- que lo que dice la Compilación del Derecho Civil de Aragón puede ser probablemente lo más adaptado a lo que ustedes piensan, que es, que primero la Compilación integrada por la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira el Ordenamiento jurídico aragonés. En lugar de «aragonés» ustedes dirán el «Ordenamiento jurídico vasco», y tan felices.

Por lo demás, y eso sí creo que lo decía ayer, de hecho en Cataluña han legislado sobre Fuentes, y ya está. Es decir, han legislado; otra cosa es que muy complicadamente, porque han querido ser muy complicados, por razones de establecer la supletoriedad condicionada del Código Civil. Pero, en fin, no me meto en eso que es técnicamente complicado.

De todas las maneras, incluso en la disposición final —creo que es final— de la Compilación del Derecho foral de Bizkaia, cuando se dice que es supletorio el Código Civil, se dice otra cosa más: «en lo que no se oponga». Y eso, una de dos, o es una redundancia, lo que no debe suponerse en la hipótesis del legislador racional y económico, o quiere decir algo; y si quiere decir algo es que no basta con que haya un hueco en la Compilación, ya como derecho constituido quiero decir, como fuentes actuales, para que entre a aplicarse el Código Civil, sino sólo si no se opone a los principios de esa Compilación. Y eso me parece defendible hoy y anteayer, y antes de la Constitución también. Muchas gracias.

Moderador: Gracias al Profesor Delgado Echevarría. ¿Alguno más de los presentes?. D. Fernando Zubizarreta.

D. Fernando Zubizarreta: Como la mesa no ha contestado a mi querido amigo y compañero Sr. Beristain, mi postura es la siguiente:

Dado los preceptos que ha leído y mientras no se derogue expresamente la Compilación de Derecho Civil aprobada por las Cortes Españolas en el año 59, y por el Tribunal Constitucional o bien por el Tribunal Supremo, es claro que rige el Código, la Compilación, y el Derecho troncal es preferente al Derecho de la propiedad del individuo. Esto una parte.

Por otra parte, por lo que se ha referido a la determinación de los núcleos urbanos, quiero exponer lo siguiente:

Mi experiencia personal en Bizkaia, primero, por el seguir normas concretas del Gobierno Vasco de tipo político, los ayuntamientos de Bizkaia, saltándose a la torera la Ley del Suelo,

han hecho caso..., todos los ayuntamientos al unísono se han sacado de la manga las normas subsidiarias, saltándose a la torera las normas complementarias, porque después de planes comarcales de urbanismo, bien claramente dice la Ley del Suelo que deben atemperarse las leyes, aceptarse las leyes complementarias, y nunca unas normas subsidiarias, que es poco más o menos el dictar de nuevo lo que antes han querido retractarse, vamos.

Entonces, que hay que tener mucho cuidado, porque como se saltan a la torera esas normas, estamos cansos de ver en la práctica en el pueblo de Bizkaia cómo los cascos urbanos están variando continuamente. Entonces me parece difícilísimo de estudiar, es decir, los civilistas, las comisiones que se dediquen a esto tendrán que tener buen cuidado en que las normas subsidiarias de Bizkaia se saltan a la torera la Ley del Suelo y, por lo tanto, nosotros tendremos que estudiarlo con mucho detenimiento, a ver dónde está el casco urbano, el casco urbanizable, etc, etc.

Moderador: Gracias al Sr. Zubizarreta. Y finalmente, sobre las cuestiones que se han planteado, va a contestar a ellas el ponente D. Adrián Celaya.

Sr. Celaya: Previamente me gustaría que el Sr. Navajas hiciera algún comentario a lo que se ha dicho sobre materia de arrendamientos.

Sr. Navajas: Sí, dos cosas. Primero, que estoy de acuerdo con el Profesor Delgado Echevarría porque yo precisamente como hemos hecho un poco de refrito y un resumen de la comunicación, yo uno de los temas que trato es el tema de las fuentes, que me parece que es el más importante; es un tema nuclear y estoy totalmente de acuerdo con su planteamiento. Es decir, yo no es que esté de acuerdo, vamos, sino que lo suscribo totalmente, y lo he dicho antes que él lo dijera, por escrito, lo que pasa es que no lo he expuesto, pero vamos, quiero decir que estoy totalmente de acuerdo con él, y ahí está el nudo gordiano de la cuestión, a mi juicio. Además es un planteamiento totalmente revolucionario, por eso he hablado antes yo de la Apelación de las Fuentes Ordenamiento de Alcalá, porque quería referirme a eso.

Y luego respecto al tema que ha hablado el Sr. Beristain, de la aplicación de la Ley de Arrendamiento Rústico, quiero decirle que yo sentimentalmente estoy de acuerdo con ellos, pero desgraciadamente será el Supremo y ya se ha definido, en una muy reciente sentencia en la que ha dicho no referente a Bizkaia pero sí a Navarra, diciendo que la Ley de Arrendamiento Rústico se aplica íntegramente en Navarra. En el último número de la Actualidad Civil, en el último número de la revista «Actualidad Civil» aparece publicada esta sentencia.

Sr. Celaya: Bien. Como sobre el tema de fondo que se ha planteado en materia de Arrendamientos Rústicos ha habido ya una respuesta, yo quisiera añadir algo más, y es que en la Comisión de Vizcaya se tuvo en mente la posibilidad de estudiar alguna Norma sobre Arrendamientos Rústicos. Ahí sí que nos encontramos con que el art. 149 de la Constitución habla de que las Normas Básicas, sobre las obligaciones contractuales, son competencia del Estado; es, por supuesto, una cuestión muy delicada.

Pero íntimamente he de decir que no participo de la opinión del Sr. Zubizarreta, ni de la del Sr. Beristain —que me perdonen, porque ellos han hecho una aportación interesante— porque tengo la convicción de que en los pasados siglos, sobre todo en el XVIII y en el XIX, la propiedad de Bizkaia que era absolutamente familiar e individual, a través de los arrendamientos urbanos, de los censos, y algunas veces de la usura, se dividió en una multiplicidad de caseríos que al final aparecen concentrados en unas pocas manos, lo que no es precisamente un latifundio, pero sí que en alguna manera es una forma de macropropiedad de la tierra.

Es mi opinión personal, y esto ya sí que es una opinión si quieren ustedes hasta política, mi opinión personal es que hay que volver a que la tierra fundamentalmente esté en manos

de quien la trabaja. No sé si esta postula les parecerá revolucionaria, pero es la mía; o sea que ahí la dejo.

Sí que nos hemos atrevido en el proyecto que hemos hecho, en el proyecto de Compilación, a integrar una norma que parecía importante; es decir, yo decía por eso que el arrendamiento rústico es distinto en Bizkaia, Alava, porque lo que realmente rompe totalmente con la naturaleza del arrendamiento tradicional vasco es precisamente la duración limitada de los arrendamientos. El arrendamiento ha sido una relación estable entre propietario y colono. Y hasta tal punto que hemos encontrado muchísimas escrituras, incluso las hemos visto casi todos, en las cuales no el propietario sino el colono, en una escritura de capitulación o de donación, transmite el caserío. ¿Cómo puede hacerlo? Transmitiendo sus derechos de arriendo sobre el caserío, lo cual da a nuestro caserío, a nuestro arrendamiento, una naturaleza muy especial. Y nos hemos atrevido a ampliar el sistema de disposición sucesoria incluso a la transmisión del arrendamiento mediante esa transmisión a un heredero único y haciendo parcelas.

Luego el Sr. Oleaga nos ha hablado de las tres clases de vizcaínos. Por supuesto en este momento ese vizcaíno ausente creo que ya se nos ha esfumado, se nos ha ido de entre las manos, y nos quedamos con los vizcaínos de villa y de ciudad, porque el Código Civil al regular la vecindad pues nos ha dejado, la vecindad y los conflictos de leyes en materia de vecindad, y ha negado la condición vizcaína a esos vizcaínos que no son vecinos, porque ya no están en Bizkaia. Yo mismo, en cuanto pasen dos años, seré vecino de Madrid, a pesar de que afectivamente quiera seguir siendo de Bilbao.

En cuanto al tema de la opción individual y de la opción colectiva, efectivamente hemos profundizado poco, porque tampoco podemos entrar muy despacio en Instituciones, que como el estudio de este tema de la opción exigirían unas jornadas completas. Pero ciertamente son dos cosas diferentes. Yo he defendido con bastante énfasis la opción individual, y me he quedado un poco parado ante la opción colectiva porque me parece que es un atrevimiento, y es una decisión más bien política. Como técnico quizá pudiera asesorar en cuanto a la opción individual, pero en cuanto a la opción colectiva tendría que ser una decisión de organismos políticos.

El tema de Erandio concretamente lo he apuntado yo hace un momento y efectivamente provoca una situación de perplejidad. Erandio se integró en Bilbao, perdió su foralidad, y ahora resulta que se desintegra y se queda con el régimen de las Villas. Este es un problema que naturalmente habría que resolver, y yo he dicho que habría que resolverlo consultando a Erandio; es decir, no por lo que yo prejuzgue, sino pensando simplemente en Erandio.

Al Profesor Delgado le agradezco su observación, porque yo he sido demasiado prudente, pero al tema de las fuentes le tengo mucho miedo. Da la casualidad de que cuando se repartió en el Parlamento —y esto nos lo dijo ayer Loidi—, cuando se repartió en el Parlamento el proyecto presentado por los Notarios entre los distintos grupos políticos, hubo un grupo político que anunció la presentación de un Recurso de Inconstitucionalidad si se aprobaba precisamente el art. 1º referente a las Fuentes. Y ¿por qué? Pues porque interpretaban el art. 149.1.8, de una forma absolutamente restrictiva cuando hablaban de la determinación de las Fuentes del Derecho foral o especial tienen que haber estado ya en la Compilación. Y pienso que eso ciertamente es una interpretación super-restrictiva. Pero la verdad es que lo que está ocurriendo con la aplicación e interpretación del Estatuto, me produce siempre muchas reservas, porque hay muchos textos del Estatuto que vienen siendo vulnerados permanentemente por las Leyes ordinarias que se dictan en las Cortes. Y tenemos que estar siempre confiando en el Tribunal Constitucional. Y ciertamente el Tribunal Constitucional unas veces nos da la razón y otras no, pero esto es peligroso.

Sí que quisiera el que nosotros aceptásemos con toda firmeza la idea esa de que en materia de fuentes forales la Constitución nos autoriza a legislar. Pero si no nos lo autorizara la legislación, los principios del Derecho foral no sería posible que nosotros los pudiéramos mantener si no legislamos sobre Fuentes.

Más o menos este mismo creo que era el sentido de la exposición de Larrazabal.

Moderador: Bien, muchas gracias a todos. Con esto damos por concluída la sesión, que continuará en la última de mañana, la tercera y última, a la misma hora, a las cinco de la tarde. Buenas noches.

LA ACTUALIZACION DEL DERECHO CIVIL VIZCAINO: UNA REFLEXION Y UN RETO (1)

Bizkaia Jaureriko Abokatuen Bazkun Ohoretsua. Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya. N.º 33. Año 1986, noviembre-diciembre.

La Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, en su Sección de Vizcaya, ha organizado unas Jornadas «sobre Vizcaya ante el siglo XXI», Jornadas que se han venido celebrando en Bilbao, durante el año 1986. Una vez más, la vieja, por su tiempo de existencia, Sociedad Bascongada de los Amigos del País ha demostrado su enorme vitalidad y dinamismo. En una sociedad «cool», como la nuestra, en plena crisis política, económica y, lo que es más grave, social e individual, la iniciativa de la Bascongada abre un camino a la esperanza. Cabe pensar, a la vista de ello, que todavía existe en nuestra sociedad algo y algunos que no se conforman en recrearse en el pasado, ni conformarse con la situación que nos ha deparado el presente, sino que sobre uno y otro, se pretende crear las bases para la construcción de un «futuro» positivo para nuestros hijos. Vaya desde aquí mi más profunda enhorabuena a esa iniciativa a la que fui invitado y a la que no podía dejar de participar, desde mi pequeña aportación.

Efectivamente, y dentro de las jornadas, se dedicó un capítulo o unas sesiones a la «Actualización del Derecho Civil Vizcaíno», en la que intervinieron notables juristas propios y foráneos. A mí me correspondió analizar, por invitación expresa del profesor Celaya, la posible extensión del Fuero Civil Vizcaíno a Guipúzcoa, dentro del capítulo dedicado al «ámbito territorial del Fuero y su posible ampliación». La comunicación que sobre el tema propuesto presenté en las indicadas Jornadas, sirve de base, de punto de referencia de este artículo, que es más una reflexión.

En principio, y dado el tema que me fue propuesto, parecía que se daba por supuesto, al menos en una primera etapa, el analizar la posibilidad de extender la vigencia de la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya a algunas zonas de Guipúzcoa, fundamentalmente a las limítrofes, donde a pesar de aplicarse formalmente el Código Civil, en la práctica, y por vía indirecta, el derecho material que rige las relaciones jurídico-privadas se aleja en algunos aspectos de los postulados de aquél. Con ello se pretendía analizar la posibilidad de dar respuesta inmediata a las demandas sociales de una regulación más acorde con la realidad social, en suma, recoger y amparar el derecho material, por emplear la expresión de Max Weber (2), vigente en esas zonas limítrofes a Vizcaya (3), lo que supone dos afirmaciones: la prime-

(1) Sextas Jornadas sobre Vizcaya ante el siglo XXI, organizadas por la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, Comisión de Vizcaya. Tema II. «Actualización del Derecho Civil Vizcaíno. Ambito Territorial del Fuero y su posible ampliación». Sesión celebrada el día 11 de diciembre de 1986, en Bilbao. La comunicación presentada sirve de base para este artículo.

(2) MAX WEBER, «Economía y sociedad. Fondo de Cultura Económica». Méjico, 1979.

(3) CELAYA IBARRA, A., «Actualización del Derecho Civil Vizcaíno (ponencia)». Comisión de Vizcaya de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País. Bilbao, 1986.

ra, la necesidad de sustituir en derecho formal, el Código Civil, por otro no menos formal, la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya. La segunda, la confirmación por parte de los que plantean la cuestión, de la suficiencia de la regulación formal actual, con modificaciones puntuales, confundiendo derecho formal con derecho material.

Mi posición fue clara, y creo que sigue siéndolo. La pretensión es no deseable, sino que, además es insuficiente. La cuestión que se plantea, a mi juicio, es de mayor trascendencia y exige ser abordada, al menos, en cuanto a sus postulados fundamentales, con carácter urgente, pero con criterios amplios y claros.

El tema que se plantea, al abordar el Derecho Civil en Euskadi, no sólo es un tema estrictamente jurídico que afecta a Vizcaya, ni se refiere sólo a una cuestión puntual, modificación de la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya, sino que tiene, como trataré de expresarlo, un alcance político-jurídico más amplio, y que puede y, de hecho, tiene, si se aborda en profundidad, importantes consecuencias, en cuanto que no sólo afecta a lo que es la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya, y a su posible modificación y extensión a Guipúzcoa, sino en cuanto se refiere a la esencia misma de lo que es, ha sido y debe ser el derecho civil vasco. Es, por tanto, una cuestión que afecta a toda la sociedad vasca.

La ponencia presentada por el profesor Celaya, hace especial incapié en el Derecho Civil Vizcaíno como punto de referencia del Derecho Civil Vasco. En la misma se apunta algo en lo que no estoy, de entrada, de acuerdo, y es en la falta de tradición jurídico-privada propia de Guipúzcoa, motivo por el cual se toma como punto de referencia el Derecho Civil Vizcaíno.

No voy a negar algo evidente, y es la «vocación» de Vizcaya por su derecho, así como su tradición jurídica. Vocación y tradición jurídica sentidas por el pueblo vizcaíno, que ha sido, con mayor o menor fortuna, condicionado por mil avatares, mantenida por los juristas vizcaínos y expresados por los poderes públicos determinados por esos condicionamientos políticos. No nos engañemos, la cuestión del fuero, e incluso el referido al derecho civil, ha sido y es una cuestión no sólo jurídica, sino fundamentalmente política (4). De ese «sentimiento» se han salvado jirones, pero no puede todavía afirmarse, hoy, que haya habido un naufragio, aunque es necesario un cambio de rumbo, y el analizar la cuestión en su verdadero contexto. Pero, es justo decirlo, idéntico «sentimiento» ha existido en Guipúzcoa, y si bien los juristas guipuzcoanos hemos tratado de recogerlo, y, puede decirse sin faltar a la verdad, que no ha tenido la adecuada respuesta por parte de los poderes públicos guipuzcoanos, refiriéndome a los más próximos en el tiempo, apartándose de la vieja aspiración guipuzcoana de una plasmación de ese «sentimiento», y si me permite, una forma de expresión de una parte de la cultura propia. Hoy se pone el acento en un área del bagaje cultural de nuestros mayores con carácter exclusivo, pero se olvida, y no sé si de manera consciente o inconsciente, otro no menos importante, como es el Derecho, que, nadie negará, es una forma de expresión al menos en parte, de la cultura de un pueblo. Ahora bien, ¿qué Derecho? ¿Qué reglas de Derecho?

Durante siglos se ha expresado por el pueblo guipuzcoano el deseo de que fuera recogido, institucionalizado esa parte de su derecho que había quedado marginada, y, si bien, hasta mediados del siglo XIX, los poderes públicos guipuzcoanos trataron de dar respuesta a esa aspiración, no se logró por causas ajenas a su acción política, y precisamente por la mayor

(4) El carácter político de la cuestión se vio reflejado en el Congreso de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza en el año 1983, cuyas conclusiones se separan de manera sustancial de las formuladas en el Congreso Nacional, también celebrado en Zaragoza, del 3 al 9 de octubre de 1946. Ver sobre este último, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*. Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pp. 257 y ss. y la crónica y conclusiones en ADC 1956. Fase. II, y en cuanto a aquél en ADC, 1982, pp.375 y ss.

fuera de la acción política contraria (5). Sin embargo, a finales del siglo XIX y en el XX, las espectaculares ausencias de los poderes públicos guipuzcoanos en las Comisiones de Codificación, por un lado, y, más recientemente —con la salvedad del período comprendido entre los años 1920-1930 (6)—, la insensibilidad de la Diputación Foral de Guipúzcoa a la llamada realizada para retomar el esfuerzo realizado por una parte del pueblo guipuzcoano durante siglos, al objeto de obtener el reconocimiento de esa parte de su ser cultural, de una parte de su Derecho, es algo que no puede ser silenciado. Con ello quiero decir que en Guipúzcoa no ha faltado ni «sentimiento», ni «vocación» jurídica por el propio Derecho, por parte del pueblo y los juristas guipuzcoanos. Lo que ha faltado, a partir de la mitad del siglo XIX hasta el momento —insistimos con la salvedad del decenio 1920-1930—, es voluntad política por parte de los poderes públicos guipuzcoanos para asumir ese reto. Guipúzcoa no sólo ha tenido un «sentimiento», una «vocación» jurídica por su propio Derecho, sino que ha tenido el mérito de expresarlo y mantenerlo, aun en contra del tratamiento legislativo que suponía, antes el Derecho civil general de Castilla, y que hoy supone el Código Civil, para su mantenimiento, y, si en el camino ha ido perdido retazos de su propia esencia, y ha perdido, en parte, el rumbo, ese empeño, a pesar de los silencios e indefiniciones oficiales, ha logrado dos frutos de incalculable valor en los últimos años, y lo que es más sorprendente, esos frutos han quedado plasmados en la Constitución Española de 1978 y en el Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979 y, por último, por el reconocimiento expreso de la propia particularidad jurídica civil guipuzcoana que ha hecho el Tribunal Supremo en fecha reciente.

El primer fruto se ha obtenido al verse recogido ese sentimiento, esa vocación jurídica, en el inciso último del artículo 149.1.8 de la Constitución Española de 1978 (7) y en el apartado 5 del artículo 10 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (8).

El segundo, y sin darnos tiempo a recobrar el aliento, en el reconocimiento explícito que ha hecho el Tribunal Supremo, Sala 1, en la sentencia de 12 de julio de 1984 (9), de la existencia y validez del «pacto sucesorio», en Guipúzcoa, por encima de los postulados y prohibiciones del párrafo 2 del artículo 1.271 del Código Civil (10).

(5) NAVAJAS LAPORTE, A., «La Ordenación Consuetudinaria del Caserío en Guipúzcoa». Tesis Doctoral. Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones. San Sebastián, 1975.

(6) NAVAJAS LAPORTE, A., «La Diputación de Guipúzcoa y el Derecho Civiles. *Sociedad de Estudios Vascos. Cuadernos de Derecho*, n.º 1. San Sebastián, 1985, y «La Ordenación...», (obra citada).

(7) Artículo 149.1.8 de la Constitución de 1978: El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles, relativas a las forma de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

(8) Artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979.

La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil, Foral y Especial, escrito o consuetudinario, propio de los territorios históricos, que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia.

(9) Tribunal Supremo, Sala 1, sentencia de 12 de julio de 1984. GARCIA CANTERO, G., «Más sobre el Derecho Consuetudinario Guipuzcoano» (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1984). *Jornadas de estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos*. Universidad del País Vasco. San Sebastián. Julio 1985, pp. 367 y ss.

ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., «Testar a la Navarra». *Derecho Consuetudinario Guipuzcoano o Descodificación*. (Aportación con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1984). *Revista Jurídica de Navarra*. Gobierno de Navarra. Pamplona, 1986, n.º 1, pp. 87 y ss.

(10) Artículo 1.271.2, Código Civil. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056.

Llegados a este punto, no voy a extenderme en explicar el contenido de las Instituciones Jurídicas Consuetudinarias Guipuzcoanas, que, para sobrevivir, han tenido que utilizar el método, el ropaje del Código Civil, si bien, mal disimulados en tales circunstancias, por notarios y abogados, unas costumbres contra legem. A ello dediqué mi tesis doctoral y a ella me remito (11). Pero, la asociación familiar, la vinculación de la casa, la troncalidad, la sucesión universal, el poder testatorio, el testamento de hermandad, el reconocimiento de los derechos del cónyuge viudo, etc., han sido instituciones que han vivido en Guipúzcoa durante largo tiempo, algunas de las cuales se mantienen a pesar y en contra del Código Civil, y referidas al área rural (12).

Bien es verdad que el Código Civil es y será todavía durante algún tiempo la fuente principal del derecho civil en Guipúzcoa, tal y como está redactado en la actualidad, pero es posible que no lo sea en su totalidad por mucho tiempo si es que realmente existe voluntad política, para que así sea, y si es que, además, para ello, existe voluntad política de desarrollar con todas sus consecuencias el último inciso del artículo 149.1.8 de la Constitución, y el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, siguiendo la orientación marcada por la sentencia del Tribunal Constitucional número 11/84 de 2 de febrero, «BOE» de 18 de febrero de 1984 (13).

Quiero decir, y lo digo con el mayor de los respetos, que estoy cordialmente, pero en cierta medida en desacuerdo, con el planteamiento que hace del tema el profesor Celaya (14), puesto que no se trata de adecuar a las nuevas exigencias sociales, aprovechando la nueva regulación jurídico política que la Constitución Española de 1978 y el Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979 permiten, el Derecho Civil Vizcaino solamente, y el ver la conveniencia de extenderlo en su ámbito territorial, sino que se trata de una cuestión, para mí, más importante y que tiene connotaciones políticas, por un lado, y, por otra, la necesidad de un tratamiento integral y armónico, pues se trata, ni más ni menos, que del Derecho Privado de una determinada comunidad, no pudiendo olvidar, por otro lado, que el Derecho debe de trata de homogeneizar a esa comunidad, no dividirla, ni hacer compartimentos estancos o en su caso imprecisos, como ahora ocurre. Sin embargo, es justo reconocer, y por mi condición de guipuzcoano el decirlo supone un mayor mérito para los vizcaínos, que, una vez más, Vizcaya se manifiesta como motor del cambio del País Vasco, en el campo del Derecho. Pero conviene no perder la perspectiva. Es necesario recuperar el rumbo y situar la cuestión en su verdadero contexto.

(11) NAVAJAS LAPORTE, A., «La Ordenación...», obra citada.

(12) Ver nota 9.

(13) STC de 2 de febrero de 1984, número 11/84, «B.O.E.» de 18 de febrero de 1984 (pleno). Conflicto positivo de competencias n.º 241/1982. Ponente: Magistrado don Francisco Ruiz Lorente. Conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno Vasco, en relación con el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza a la Comunidad Autónoma del País Vasco, para emitir deuda pública por importe de 5.250 millones de pesetas. «Las fuentes de las que nacen las competencias de los territorios históricos, por un lado, y de las comunidades autónomas por otro, son necesariamente distintas. Los territorios forales son titulares de «derechos históricos», respetados, amparados y sujetos a actualización, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, en virtud de lo dispuesto por la disposición adicional primera de la Constitución; por lo que la delimitación de las competencias de los territorios podrá exigir una investigación histórica acerca de cuales sean tales «derechos». Mientras que las competencias de las Comunidades Autónomas son las que éstas, dentro del marco establecido por la Constitución, hayan asumido mediante sus respectivos estatutos de autonomía, habrá que acudir, en consecuencia, a la Constitución, a los Estatutos de Autonomía y a otras posibles normas delimitadoras de competencias dictadas en el marco de las anteriores, para saber cuáles sean las correspondientes a cada comunidad (fundamento jurídico IV).

(14) CELAYA IBARRA, A., «Actualización del...», obra citada.

Cuando digo que no se trata, a mi juicio, del desarrollo solamente del Derecho Civil Vizcaíno, lo que quiero decir es que de lo que realmente se trata es de desarrollar el Derecho Civil Vasco. Si el Derecho Civil Vizcaíno o lo que de él queda, está basado en unos principios muy concretos y básicos —cuya actualidad habría que analizar—, hay que decir que el Derecho Civil Guipuzcoano, lo que él fue, y en cuyas reglas o expresión reglada ha sido ahogado, y lo que queda, se inspira en idénticos principios (aquí también habrá que ver en qué medida son actuales).

Otra cuestión o cuestiones pueden estar en el tratamiento que sea necesario realizar en uno y otro territorio, en función de la diferente composición geográfica y socioeconómica, pues no se debe olvidar que, como decía un ilustre notario guipuzcoano, «el paisaje es también fuente del derecho» (15), y, por otro lado, el ver si la sociedad vasca, en general, demanda ese instrumento (16), y si tales principios han sido capaces de evolucionar con la sociedad de la que emanan, y si los juristas, intérpretes de ese sentimiento, estamos a la altura de las circunstancias y, por último, si los poderes públicos tienen voluntad política y disposición de asumir esa cuestión.

Ahora bien, hay que reconocer que cuando hacemos referencia a estas cuestiones, estamos descendiendo de los principios a la regla y de lo que realmente se trata en este momento, que podemos llamar constituyente, y por tanto lo que realmente nos importa es el escudriñar, el sacar a la luz los principios, para luego, de manera reposada, extenderlos o desarrollarlos en las correspondientes reglas (17).

¿Estamos en disposición para ello? ¿Hay un cuerpo de doctrina suficientemente elaborado para responder al reto?

Pero dejemos, por ahora, estos interrogantes y volvamos al punto fundamental

Antes he dicho que es necesario un tratamiento integral, armónico y homogéneo, y cuando hago esta afirmación no me estoy refiriendo solamente a una cuestión jurídica, sino también y fundamentalmente a una cuestión política. El derecho, como expresión de la esencia

(15) ALTUBE, G. de, «El paisaje como fuente del derecho». Conferencia en la Academia Matritense del Notariado de fecha 21 de abril de 1949. Ver UNAMUNO MIGUEL DE, «Paisaje del alma. Del Bilbao mercantil al industrial». Confederación española de gremios y asociaciones de libreros (C.E.G.A.L.). Madrid, 1986, pp. 44 y ss.

(16) Sin caer en un sociologismo, es necesario preguntarse sobre la esencia del Viejo Derecho Civil Foral Vasco, lo que Hegel señala como «la razón de la cosa», la «idea» y el «concepto». Surgido en un determinado entorno y sistema, basado en un concreto espíritu, la cuestión que se plantea está centrada en su vigencia, hoy y aquí. El Derecho Civil Foral Vasco trata de regular las relaciones referentes a la propiedad rural, es un producto de una sociedad antigua, y principalmente agrícola. Las dos sociedades existentes en el País Vasco, la agrícola y la mercantil, han convivido de manera más o menos armónica, hasta mediados del siglo XIX, en su regulación jurídica separada. La agrícola, utilizando el Derecho Civil Foral, escrito o consuetudinario, la sociedad urbana y mercantil, el derecho comercial y civil común. El desarrollo industrial ha producido una ruptura de aquella armonía. La sociedad industrial no sólo ha invadido el área rural, sino que la ha transformado, se ha impuesto sobre ella. Ello ha supuesto un giro fundamental, no sólo en el área de la propiedad, sino en el de las relaciones sociales y en la misma configuración de la personalidad individual. El Derecho Civil Foral estaba fundamentalmente basado en una concepción estática de la propiedad, vinculada a la familia o al grupo familiar, primando el elemento feudal y el elemento puritano y, a diferencia del derecho de la Common Law, se ha mantenido al margen, hasta nuestros días, de las influencias de la evolución social y jurídica, ha quedado como un resto, lo que fue recogido de manera magistral por Roca Sastre, Ramón María, en «la necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el derecho sucesorio», en A.A.M.M. 1 (1945), pp. 335-377. Sobre la sociedad industrial puede verse el magnífico trabajo de Aron Raimond; 18 lecciones sobre la sociedad industrial. Seix Barral, Barcelona, 1971. MAX WEBER, «Economía y Sociedad», obra citada.

(17) HAYECK FRIEDERICH, A., «Derecho, legislación y libertad». Vol. 1, *Normas y Orden*. Unión Editorial, S.A., Madrid, 1983.

de lo político, debe de tratar de alcanzar la armonía, la homogeneidad del grupo social del y para el que emana.

«Julien Freund» en su monumental obra «La esencia de lo político», es muy clarificador al respecto (18), cuando dice:

«Siendo el derecho una noción política, el derecho plantea una serie de problemas de moral y de política. El derecho es sistema de convivencia y de normas destinadas a orientar a cada conducta en el interior de un grupo de una manera determinada. Como tal es el regulador de la acción en común de los individuos, sometiéndolos a una convención política válida para el conjunto del grupo, lo que quiere decir que él no mira al individuo en particular, sino las relaciones entre los individuos (19). La noción de derecho social es un pleonismo (20). El derecho es social por naturaleza, es decir, un individuo no puede elaborar un derecho para su propio gobierno y válido únicamente para él mismo. La vinculación que se ejerce sobre los individuos no es, sin embargo, inherente al derecho, sino que le viene del exterior, de una fuerza de la que el grupo tiene necesidad para mantener su coherencia... La verdad es que el derecho es una técnica de regulación de la actividad política. Porque se quiera o no la acción política, porque ella es acción, se propone metas y de hecho ella es normativa. Por esta simple razón, sin hacer intervenir consideraciones de derecho natural, el derecho positivo comporta inevitablemente un sentido normativo, En tanto que el derecho participa de la actividad política, no es posible solamente ver en él un simple conjunto de reglas que comportan obligaciones y sanciones. El traduce también el fin que pretende la sociedad en general y las metas o ideas que una colectividad determinada busca el realizar y más simplemente todavía qué orden quiere ella establecer o mantener. Ciertamente, la regla es un hecho sociológicamente constatable, que puede ser objeto de test, de encuestas y de otras manifestaciones técnicas, pero esto no explica todavía lo que es una regla, ni por qué el hombre lo exige como tal. Es, precisamente, en tanto que el derecho es regla, que nos permite comprender que por ser ante todo pública, introduce homogeneidad en la sociedad (21). El derecho, siendo social por naturaleza, supone una unidad política ya formada o en formación. La homogeneidad y la regularidad que el derecho introduce en las relaciones públicas, no son jamás perfectas y totales. Una sociedad que queda prisionera de un cuadro rígido e inmutable se esclerotizará rápidamente.»

Las ideas expresadas en esta larga cita nos llevan al núcleo del problema, y retomarnos el hilo de nuestro pensamiento, lo que de él creemos fundamental. El carácter armónico y de homogeneidad del derecho, su naturaleza social, el principio de unidad política ya formada o en formación, la necesidad de que las reglas no sean inmutables, y lo más esencial, el hecho real de que el derecho no es una esencia en sí, sino una de las formas de expresión de otra esencia, la traducción de la esencia de lo político, son ideas que deben ser en todo momento tenidas en cuenta.

La cuestión fundamental está, por tanto, en saber, en este momento histórico concreto, cuál es la esencia de la voluntad política expresada por nuestro pueblo en sus textos jurídicos

(18) FREUND, J., «L'Essence du politique». Sirey Paris, 1986.

(19) FREUND, J., «L'Essence...», obra citada.

(20) FREUND, J., «L'Essence...», obra citada.

HAYECK FRIEDERICH, A., «Derecho, legislación y libertador. Vol. II, el espejismo de la justicia social. Unión Editorial, S.A. Madrid, 1983.

(21) FREUND, J., «L'Essence...», obra citada.

fundamentales, y si podemos afirmar, sin duda alguna, si existe una «unidad política» (22) formada o está en formación, en suma, lo que las más modernas corrientes doctrinales del neo-contractualismo social, desde Rawls a Hart, denominan «la norma de referencia» (23).

Partimos de estos presupuestos básicos (24). Ello nos conduce a las dos normas fundamentales que deben servir de referencia para afrontar el problema planteado. La Constitución Española de 1978, y más concretamente, dentro de ella, los artículos 1, 2, 149.1.8, la disposición adicional primera y los artículos 1, 10.5, y disposición adicional, del Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979, como expresión de una voluntad política, a los efectos del estudio propuesto, en cuanto manifestación concreta de esa voluntad política ya expresada, la Ley de Territorios Históricos, tan debatida y que posiblemente sea nuevamente objeto de revisión, a la vista del debate político planteado respecto de la misma, y los resultados que han producido.

Formando parte Euskadi de una unidad superior, la nación española (25), sin embargo se deja al Pueblo Vasco el derecho y la posibilidad de regulación de una parte de su esfera jurídico-privada (26), y no sólo en el aspecto de recoger su viejo Derecho, sino, algo más importante, el modificarlo, el actualizarlo y, por último, el desarrollarlo en todo su ámbito territorial, dentro de los límites marcados por las normas de referencia (27).

(22) ¿Existe unidad política en el País Vasco? La norma básica que regula esa pretendida unidad, el Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979 es cuestionada, o bien en su integridad por un sector social que lo considera insuficiente, o bien en su desarrollo es objeto de fuertes tensiones, sirviendo de botón de muestra la llamada Ley de Territorios Históricos.

(23) RAWLS, J., «Teoría de la justicia». Fondo de Cultura Económica. México-Madrid, Buenos Aires-Madrid, 1978.

HART, H. A. L., «El concepto de Derecho». Editora Nacional, S.A. Méjico, 1980.

(24) Las normas de referencia serán, por tanto, la Constitución Española de 1978, con la variación que introduce en el concepto de propiedad, la incidencia del principio del estado social, y el Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979, que deben moverse dentro de aquel contexto. La nueva concepción del Derecho de Propiedad y el principio del estado social introducidos por la Constitución, tienen una influencia decisiva en el tratamiento que debe darse al Derecho Civil en general y el Vasco en particular. Un solo ejemplo sirve de botón de muestra. El derecho reconocido por la Ley de Arrendamientos Rústicos en los artículos 98 y 99, de acceso a la propiedad por parte del arrendatario, tienen prevalencia, en función del carácter social de tales derechos, sobre el derecho de troncalidad y sobre el derecho de saca. La aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos en los territorios de Derecho Foral, véase Navarra, véase el País Vasco, ha sido declarada de manera reiterada por el Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional en la sentencia dictada con fecha 19 de diciembre de 1986, Stencia n.º 166%/1986, cuestión de inconstitucionalidad n.º 704%/1984, «B.O.E.», de 3 de enero de 1987, define el nuevo sentido que la Constitución ha establecido en relación con la naturaleza del derecho de propiedad, señalando que el derecho de propiedad privada tan sólo garantiza al titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, la propiedad es un valor.

(25) Artículo 2: La Constitución se fundamenta en la ineludible unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, y la solidaridad entre todas ellas.

(26) Artículo 149.1.8; El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho con respeto, en este último caso, a las normas del derecho foral o especial.

(27) Disposición adicional primera.- La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

Artículo primero del Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979: El Pueblo Vasco, Euskal-Herria como expresión de su nacionalidad, y para acceder a su autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma dentro del Estado español, bajo la denominación de Euskadi o País Vasco, de acuerdo con la Constitución y con el presente estatuto, que es su norma institucional básica.

Pero hay algo más que decir aquí, a la vista de las normas de referencia antes aludidas.

Frente a los que limitan o tratan de limitar el alcance de esa voluntad política expresada en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, en una lectura estrecha (28), hay que decir que, como expresión, quizá más importante que se haya dado a lo largo y a lo ancho de varios siglos de la vida político-jurídica del Pueblo Vasco, en relación con su derecho privado, se presenta una interpretación más acorde con la esencia de la voluntad política expresada en los textos reseñados y recogida en el último inciso del artículo 149.1.8 de la Constitución Española de 1978, que no es otra que el reconocimiento de la existencia de la competencia para la creación de las fuentes de nuestro propio derecho. Se trata, en suma de un giro de ciento ochenta grados en la política nacional. Arechederra (29), comentando la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1, de 12 de julio de 1984, y relacionando la cuestión planteada por la misma con el inciso último del artículo 149.1.8 de la Constitución, muestra su sorpresa ante este giro y reconoce que se da la posibilidad de cambiar, dentro del territorio guipuzcoano, por obra y gracia del referido artículo de la Constitución, en relación con el 10.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, el sentido del artículo 1, del Código Civil, es decir, romper la homogeneidad de la regulación de las fuentes del derecho español, pudiendo darse, viene a afirmar, con el acierto que caracteriza a este autor, la paradoja de que, en un territorio sometido durante siglos al derecho vil común, hoy salga de esa regulación para poder no sólo establecer un nuevo y distinto sistema, sino, incluso, separarse del general, creando uno nuevo y distinto, en cuanto que puede establecer su propia regulación y prelación de fuentes del derecho, con todo el contenido político que ello comporta, y, afirma: «se trata de un problema político de primera magnitud, se quiebra el ordenamiento jurídico español establecido en la forma prevista en el artículo 1 (30) del Código Civil, suponiendo una auténtica fragmentación jurídico-política». Si bien, continúa que aunque no entiende lo foral, ello no le impide «reconocer su constitucionalización en el tema más delicado y de mayor relieve político: el de las fuentes del derecho», y continúa: «¡Esto sí que es fragmentar el Estado! El monopolio de las fuentes del derecho es del Estado, como la resurrección de Jesús lo es para los cristianos. Sin ello son vanas las respectivas fes». Y, refiriéndose a Navarra (*mutatis mutandis*, puede entenderse referido al País Vasco) dice: «La Constitución ha hecho suyo, en el artículo 149.1.8, la razón, la piedra angular de lo que es el ordenamiento navarro. Un ordenamiento que, aun vigente, no reconoce la nota esencial del estado liberal, en lo que tiene de contingente: la supremacía de la ley sobre la costumbre. Esta nota ocupa hoy el máximo nivel dentro del total ordenamiento jurídico español y supone el momento histórico de mayor realce para Navarra. Jamás su idiosincrasia recibió tamaño refrendo. Como hecho político, pienso que se independiza de la Constitución misma y de su suerte. Es ésta la razón por la que, tal vez, Navarra debe mirar más a 1978 que a 1841. No hay fisura pactada, sino normativamente reconocidas. Creo que el argumento de Arechederra es intachable (31).

Artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979; La Comunidad Autónoma del País Vasco, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:

Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil, Foral y Especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco, y la fijación del ámbito territorial de su vigencia.

Disposición adicional del Estatuto de Autonomía para el País Vasco: La aceptación del régimen de autonomía que se establece con el presente estatuto, no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico.

(28) LASARTE, C., «Autonomías y Derecho Privado en la Constitución Española». *Cuadernos Civitas*. Madrid, 1980.

(29) ARECHEDERRA..., obra citada.

(30) Artículo 1 del Código Civil en la redacción dada por el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo y artículos 13, 14 y 16 del Código Civil.

Hay, por tanto, a mi juicio, y además de otras muchas, varias cuestiones capitulares a la hora de afrontar el problema que se nos plantea.

La primera de ellas se refiere al método de la actualización del Derecho Civil Vasco, que, a su vez, nos lleva a preguntarnos cuál es el derecho a actualizar, si solamente el vizcaíno, o el Derecho Civil Vasco en general, y, dentro de ello, así mismo, si lo que se debe pretender es asumir en profundidad el reto que se nos plantea, afrontando las cuestiones de raíz, en las fuentes, asumiendo, en suma, el propio sistema, tal y como lo permite el inciso último del artículo 149.1.8 de la Constitución, recreándolo, o, es más prudente ir escalonadamente haciendo reformas parciales de la compilación de Vizcaya y Alava, tratando de ver la posibilidad y conveniencia de extender sus «reglas» o instituciones a todo el territorio vasco, lo que supone, a mi juicio, el aceptar un «minus», y con ello el riesgo de que pueda entenderse como una renuncia tácita a la asunción del propio sistema.

‘La segunda cuestión se refiere al ámbito que debe alcanzar esa actualización, esto es si debe extenderse a todo el territorio vasco o solamente a aquella parte de éste, donde se esté demandando una regulación diferenciada del derecho civil común, el área rural.

La tercera cuestión se centra en la determinación o fijación del sujeto activo llamado a definir y desarrollar la acción política afectante a la cuestión planteada y que, no ofrece duda alguna, deberá ser el Parlamento Vasco, sin perjuicio de que a la hora de plasmarlo en la realidad normativa se deba de contar con los sujetos afectados, sin perjuicio de la iniciativa legislativa apuntada por el profesor Celaya (32) y reconocida por el propio Estatuto de Autonomía para el País Vasco (33).

Hay una cuarta cuestión y es la definición de lo que se entiende, en el orden civil, por propia particularidad, o lo que es lo mismo, si lo que se trata es de hacer revivir, revitalizar a las viejas instituciones surgidas de una determinada sociedad, o si lo que hay que hacer es dar valor normativo a lo que la sociedad actual ha mantenido vigente y lo que está demandando se establezca (34). La actuación de la Diputación Guipuzcoana durante el decenio 1920-1930 puede servir de punto de referencia (35), lo que nos lleva a la cuestión siguiente:

Realmente, ¿no habrá que ir allanando los caminos para alcanzar la unificación y actualización del derecho civil español de una vez por todas? (36)

(31) Sobre el derecho civil aplicable y aplicado en Guipúzcoa durante siglos. Ver mi «Ordenación..., obra citada, y sobre el origen de esa situación, además de la obra indicada, véase mi trabajo: «Aproximación a la formación del derecho Territorial Vasco». *Sociedad de Estudios Vasco*. Cuadernos de Derecho 1, San Sebastián, 1984.

(32) El profesor CELAYA reclama el derecho de la Diputación Foral de Vizcaya para el ejercicio de la iniciativa legislativa en lo referente al Derecho Civil Vizcaíno. El Estatuto de Autonomía para el País Vasco, reconoce en el artículo 27.4 la iniciativa legislativa a las Instituciones de los Territorios Históricos. La pretensión del profesor CELAYA es, desde un punto de vista formal, inicialmente intachable. Sin embargo, la cuestión del derecho civil está remitida por el número 5 del artículo 10 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, al Parlamento Vasco, y a la postre deberá ser éste el que resuelva la regulación de la cuestión de derecho civil, que, como se ha dicho antes, no se ha reservado a los Territorios Históricos. Entiendo que desde un punto de vista de política legislativa general, el Parlamento Vasco debe de afrontar el tema en toda su dimensión, en cuanto que la cuestión afecta no sólo a Vizcaya, sino también a Guipuzcoa y Alava. Por otra parte, es hora de que de una vez por todas se afronte la cuestión sin más dilaciones, y en toda su verdadera dimensión.

(33) Ver artículo 27.4 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979.

(34) Decía ADOLFO ROVA, en «crisis del Derecho y Crisis Mundial. Crisis del Derecho». E.J.E.A., Buenos Aires, traducción del libro: *La Crisis del diritto*, publicado por Cedam, Casa Editrice, Padova, 1953, que «lo peor es que en todo esto no se ha salido de los esquemas del siglo dieciocho y de principios del diecinueve, y sobre el actual derecho privado no repercuten de manera sensible las profundas transformaciones sobrevenidas en la

La primera cuestión, es decir, la referente a las fuentes, y, en suma, la asunción del propio sistema tiene especial importancia. Como estudioso de la historia de las instituciones jurídico-privadas guipuzcoanas, creo estar en condiciones de afirmar que en este punto se encuentra la cuestión de fondo, el «núcleo» (37). Precisamente el punto de arranque de la unificación jurídica propugnada por los reyes castellanos, preludio y vehículo necesario de la política, ante el sucesivo fracaso de la introducción, primero del Fuero Real y, después, de Las Partidas (38), como derecho general de primer rango, en el ámbito de poder de la Corona, se realiza con éxito, a través del Ordenamiento de Alcalá de 1348 (39), cuya intención fundamental es la unificación del derecho como vehículo de la unificación política, estableciendo, para ello, el orden o jerarquía de las fuentes del Derecho Castellano. Si bien, en principio, se

estructura de la sociedad Nuestros civilistas, por ejemplo, continúan explicando bellísimos cursos sobre la dote, institución carente ya de actuación práctica, ya sea porque afecta sólo a una fracción bastante exigua de ciudadanos, ya sea porque aun aquellos que podrían valerse de la misma, evitan por lo general, debido a razones prácticas ya a preocupaciones fiscales, recurriendo a la constitución de sociedades por acciones y otros artificios. Y a mí me parece que con la misma frecuencia y amplitud con que se elaboran tratados sobre las sucesiones, discutiendo cuestiones elegantes y sutiles, pero una aplicación bien limitada, ya sea por el empobrecimiento general de los ciudadanos, ya sea por la tendencia prevaleciente de no ahorrar por temor a la inflación, y, por lo tanto, de no dejar herencia, ya sea de nuevo por las preocupaciones fiscales por las que todo hombre previsor distribuye en vida el patrimonio entre aquellos que quiere beneficiar, en gran parte ocultándolo, se sigue tratando la propiedad de acuerdo con los viejos esquemas romanos, en tanto ha cambiado radicalmente la función social y con la misma, la estructura jurídica. Continuar con tanta dedicación estos tratados tradicionales, tiene ciertamente algo de hermoso y noble, pero ya no corresponde a las exigencias sustanciales de la sociedad contemporánea. La parte verdaderamente viva del derecho privado se halla en los contratos de trabajo y de empleo, sea individual o colectivo, en la disciplina de las empresas, y de las sociedades, en las varias formas de la propiedad intelectual, en el derecho de la navegación y de los transportes en general, en el de los seguros individuales y colectivos; en suma, en la disciplina de las relaciones de la vida económica actual», pp. 140, 141. La realidad constitucional es un hecho cuya incidencia no puede ser negada a la hora de afrontar el análisis del sistema actual del Derecho Civil Vizcaino que se presenta, y lo decimos con el mayor de los respetos, superado y hace agua por todas partes. Basado fundamentalmente en el principio de dominación, se ignora que el centro de gravedad se ha trasladado a otro punto, al *imperium*. Un ejemplo clásico y simple puede servir de punto de referencia. El derecho de acceso a la propiedad reconocido al arrendatario rústico, no hay duda alguna, en los actuales parámetros jurídico-políticos, prevalece sobre el derecho a la troncalidad o al de saca o al de comunicación foral. En la lógica de quienes mantiene a ultranza los principios que inspiran a la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya hay que entender que viéndose obligados a reconocer esa realidad, reducen el alcance de la vigencia del derecho de propiedad foral, las reglas que la configuran y la salvaguardan, en el entorno familiar, remitiéndola a la de la propiedad estrictamente familiar, es decir, se produce una continua reducción del ámbito de aplicación a su expresión más íntima y más reducida. Lejos de pretensión de generalidad se reduce a la singularidad. El derecho, entonces, ha perdido su verdadera vocación, y se concreta en ley privada. Sin embargo, el acoso es constante. Un plan de ordenación de categoría normativa inferior, un mero acto administrativo, puede pulverizar esa ley privada. El mantenerse en esta situación no soluciona la posición dramática en la que el derecho civil vizcaino se encuentra. Parodiando a Lenin, habrá que preguntarse: ¿qué hacer?

(35) Ver «La Ordenación...» y la Diputación de Guipúzcoa y el derecho privado, obras citadas.

La Diputación de Guipúzcoa entendió la realidad de la cuestión y trató de hacerle frente, dando un distinto «aire» al Derecho Civil Guipuzcoano, o, mejor dicho, tratando de darle. La cuestión fue mal interpretada, por lo que no alcanzó éxito. Pero las actas de la Diputación están ahí y forman parte de la historia. Cincuenta años más tarde la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, recoge alguno de aquellos principios. Tan malo, dice Adriano, es llegar demasiado pronto, como demasiado tarde.

(36) Mi tesis en el Congreso de Zaragoza de 1983 fue ésta. El allanar los caminos desde la periferia para alcanzar la unificación del Derecho Civil, definiendo primero lo que hoy se debe entender es el ámbito propio del Derecho Civil, en un estado social y democrático de derecho. Sobre ello diremos algo más adelante.

(37) La cuestión de las fuentes del derecho ha sido tratada más desde el punto de vista político que jurídico. Ello ha tenido consecuencias perniciosas para el desarrollo espontáneo del derecho privado y principalmente allí donde la ley es reconocida como única y fundamentalmente fuente del derecho. La ley es incapaz de seguir las rápidas transformaciones sociales. Ver ADOLFO ROVA, obra citada, pp. 133 y ss.

(38) El Fuero Real fue redactado entre 1252 y 1255, desconociéndose su redactor. Se promulga para concederlo a fuero local a aquellas poblaciones que carecen de fuero propio y tienen uno que no satisface plenamente a las circunstancias del momento, donde posee, el carácter de supletorio. Ver SANCHEZ ROMAN FELIPE. *Estudios de Derecho Civil I*. Madrid, 1889, p. 279.

respetaba, como derecho primario, los fueros municipales, se introduce como derecho supletorio el que se pretendía fuera el Derecho Real de Castilla, Las partidas y, con ello, al ser los fueros municipales fueros breves, Fuero Real y Partidas pasarán, en la práctica, a ocupar el primer rango de la jerarquía (40). En suma, el derecho romanizado de la recepción, con toda la carga política que lleva, desplazará el derecho originario (41), produciéndose su plasmación definitiva al publicarse el Código Civil de 1889 (42), y reafirmandose en el artículo 1 del código civil actualmente vigente.

Por lo tanto, la recuperación del propio orden jerárquico de fuentes, en suma, del propio sistema, supone un punto de inflexión máximo, en el sistema del ordenamiento jurídico español, y se traduce en la recuperación del «nomos de la tierra», por emplear una expresión feliz de Carl Smith (43).

La segunda cuestión planteada se centra en la determinación del sujeto activo llamado a definir o desarrollar la competencia recuperada en materia de derecho civil, por parte del Pueblo Vasco. No hay duda alguna que deberá ser el Parlamento Vasco. El Estatuto lo ha establecido de manera precisa.

La tercera cuestión, la referente al ámbito territorial de la actualización, requiere una fuerte dosis de ponderación y buen sentido político y un claro conocimiento de la historia de la formación del Derecho en nuestra comunidad, así como un puntual conocimiento de la realidad socioeconómica de la misma.

En este punto hay que preguntarse a qué postulados responde la particularidad civil vasca, cuál fue el origen de su institucionalización, la posterior evolución de la sociedad, y el conocimiento de la realidad socioeconómica de la misma en el momento actual, al objeto de, sin caer en peligrosos sociologismos, huir de los no menos peligrosos historicismos, a pesar el carácter historicista del Derecho Civil, que demostrara Díez Picazo.

Resulta interesante el analizar comparativamente, desde el punto de vista histórico, la diferente solución dada a la cuestión del Derecho Civil Vasco en Vizcaya y Guipúzcoa, para entender la cuestión que se plantea.

La clave para entender la diferente solución que históricamente ha tenido la regulación del Derecho Civil Vasco en Vizcaya y Guipúzcoa, se encuentra en los siglos XIV y XV. Lo expondremos muy brevemente, por razones de espacio.

Mientras que en Vizcaya se produce una neta separación entre la Tierra Llana y las Villas, en Guipúzcoa esa separación desaparece en el siglo XIV. Las comunidades rurales tienen gran fuerza en Vizcaya y pueden, unidas, defender los principios que las inspiran frente al poder señorial, lo que da lugar a una fórmula de transacción político-jurídica, pues no es otro caso el Viejo Fuero de Vizcaya y las posteriores modificaciones del mismo, mientras que en Guipúzcoa la comunidad rural es absorbida por la pujanza de las villas.

Parece incuestionable que las instituciones jurídicas que sobreviven a la fuerza expansiva de la sociedad urbana están referidas a la comunidad rural. Sin embargo, esta

(39) SANCHEZ, G., «Sobre el ordenamiento de Alcalá de 1348 y sus fuentes», R.D.P. 1922, pp. 353 y ss.

LALINDE ABADIA, J., «Iniciación Histórica al Derecho Español». Ed. Ariel. Barcelona, 1970, pp. 156 y ss.

(40) NAVAJAS LAPORTE, A., «La Ordenación...», obra citada, pp. 40 y ss.

(41) NAVAJAS LAPORTE, A., «La Ordenación...», obra citada.

(42) NAVAJAS LAPORTE, A., «La Ordenación...», obra citada.

(43) SMITH, C., «El nomos de la tierra, en el Derecho de Gentes del *Ius Publicum Europaeum*». *Estudios Internacionales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1979.*

diferencia que parece clara sobre el papel, se confunde como consecuencia de la acción política. El historicismo es utilizado como instrumento de la acción política. El nacionalismo recaba para sí, como signo de identidad, un derecho propio. Pugta dirá que los rasgos diferenciadores de una nación están en su lengua y en sus instituciones jurídicas, lo que produce un traslado de la cuestión, de tal manera que el derecho recogido para la defensa de los postulados de un tipo de sociedad será asumido como el derecho de la nación o nacionalidad, con la evidente contradicción de no dar respuesta a la realidad socioeconómica de la sociedad a la que debe dirigirse en su tarea armonizadora. Nuevamente lo político y la política.

Sin embargo, no hay duda alguna que, en este momento, hay postulados y principios dimanantes de ese viejo derecho que está siendo reclamado por la sociedad urbana e industrial: la libertad de testar puede ser una de ellas, y resulta paradójico que en el ámbito familiar instituciones que surgen de una sociedad familiar estable pueden servir para regular relaciones de una sociedad familiar de gran movilidad. Sirva de ejemplo, la comunidad patrimonial entre los esposos, en aras de la defensa de un pequeño patrimonio construido con grandes esfuerzos por el matrimonio para evitar su desmembración y el desamparo del sobreviviente, que es el pan nuestro de cada día.

Es incuestionable que, tanto la Constitución Española de 1978 como el Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979, y la actividad y voluntad política desplegada hasta el momento por el Parlamento Vasco, plasmado entre otras en la Ley de Territorios Históricos, ha definido que, en materia de derecho civil, el sujeto activo debe ser y es el Parlamento Vasco.

El temor expresado por el profesor Celaya en su ponencia no me parece justificado (44). Si bien, nadie discute el principio democrático, la cuestión, entiendo, no está centrada en si en la composición de la Cámara legislativa vasca hay más o menos juristas romanizados (45), sino en si a esa Cámara se le han trasladado los suficientes instrumentos y

(44) El profesor CELAYA expresa su temor por la composición mayoritariamente romanista de la Cámara Vasca, lo que supone un posible enfoque de una elaboración del Derecho Civil de Vizcaya que se aleja de los presupuestos originarios de éste, por entender que se trata de un derecho no romanizado. Sin embargo, ami juicio, más que preocuparnos por el comportamiento cultural de los miembros de la Cámara Vasca, hay que interrogarse sobre la vigencia de la razón que dio origen y ha mantenido el derecho tradicional vizcaíno y en general el vasco, cuya permanencia pudiera justificar y legitimar una regulación actualizada. JACQUES HENS, en «Occidente durante los siglos XIV y XV». «Nuevo Clio. Historia y sus problemas». Editorial Labor, S.A. Barcelona, 1984, pp. 265 y ss., en el capítulo III, tercera parte, hace referencia a las comunidades de vecindad: comunidades rurales y dice: «La comunidad rural, aldeana o pluraldeana se desarrolló como una realidad económica, social y política muy poderosa, pero, por desgracia, con demasiada frecuencia olvidada por los historiadores, obsesionada por el señorío y por las relaciones señores-campesinos (p. 265). Al referirse al origen afirma: «No cabe duda de que la toma de conciencia de la comunidad en el campo, nació de la idea de seguridad y de salvaguarda, encontrándose por ello ligada a la definición de los lindes materiales». p. 266 y, señala que «en todos estos países (entre los que incluye al País Vasco Español) fueron las comunidades, las universidades de pastores, quienes obtuvieron el rescate de los censos y servidumbres señoriales. Por ello mismo jugaron un considerable papel político y social» p. 270. Al referirse al País Vasco Español dice: «En el País Vasco Español, los habitantes, ganderos en su mayoría, se habían agrupado, así mismo, en siete amplias comunidades federales, las merindades, que reunían a su vez a un número muy variable de comunidades de los valles (de 2 a 31); estos últimos llevaban el muy significativo nombre de Anteiglesias (la puerta de la iglesia, lugar donde los hombres vivían en casa o caseríos muy dispersos, se reunían a la salida de la misa). También aquí, unos delegados elegidos representaban a los hombres de cada comunidad primaria. Tales comunidades pluraldeanas, de estructura federal, más o menos extensas, abundaban entonces en todas las montañas de Occidente. Así, por ejemplo, en los Pirineos franceses o españoles, en el Jura suizo o francés, y en Saboya... y lo mismo en Auvernia. En ciertas regiones, estas asociaciones político-económicas tomaron una amplitud más grande; adquirieron una libertad total y una especie de autonomía fiscal y política; repartían sus tasas y contribuciones por la práctica del *escartonnement* (escarton o écarton en el Briançonnais, Encartaciones en Vizcaya), p. 272. Con ello quiero significar cual es el origen del Derecho Vasco. Al producirse, con la evolución del tiempo, la variación de circunstancias y el tras-

medios de conocimiento doctrinales, en suma, una doctrina suficientemente elaborada para que pueda desarrollar, sin que nadie se sobresalte, esa tarea de armonización y homogeneización que le corresponde. El reproche no puede legítimamente dirigirse a la Cámara Legislativa, si no es en el caso en el que ésta ignore olímpicamente, por razones de interés partidista, o por principios ideológicos, la doctrina civil elaborada previa y razonadamente. El reproche habrá que dirigirlo precisamente a la doctrina, puesto que es sabido, y la reciente aportación de Atias (46) lo confirma, que es precisamente la doctrina científica la primera y fundamental fuente del derecho. La cuestión o cuestiones, por tanto, se trasladan a otro ángulo. ¿Podemos afirmar hoy que existe un cuerpo de doctrina suficientemente serio y profundo como para poder elevarlo a la Cámara legislativa vasca para la formación del propio derecho civil y del propio sistema jurídico civil de nuestra comunidad? Creo, humildemente, que debemos empezar por el principio y, de entrada, la doctrina se tendrá que poner de acuerdo sobre lo que entiende es la propia particularidad, y, aquí, indudablemente, entrará en juego la definición de lo político, sin que ello signifique que determine al legislativo que hará su propia opción (47). Una vez más entra en función lo que Freund denomina la esencia de lo político (48).

En mi comunicación dirigida a los asistentes a las jornadas hacía unas reflexiones, refiriéndome a dos cuestiones que deben ser tenidas en cuenta en todo momento, y que tienen, en cierta medida, relación entre sí: ¿Puede afirmarse realmente, como dice Arechederra, que se trata de un cheque en blanco dado a la Comunidad Autónoma Vasca para la elaboración del propio sistema de fuentes? Si bien es verdad que de la lectura de las «normas de referencia» puede llegarse a esa conclusión, la realidad de la actividad política, de la voluntad política expresada en los hechos y en la realidad normativa, así como en las sentencias del Tribunal Constitucional, nos lleva a otra conclusión (49). En este sentido, y en cuanto realidad normativa concreta referida a la cuestión planteada, viene a cuento la frase Otto Mayer (50): «Las constituciones pasan, el derecho administrativo permanece».

lado del punto de gravedad que mantenía el equilibrio entre la sociedad rural y la urbana, en favor de ésta, con el cambio que la evolución industrial produce en el peso específico del factor económico, basado ya en una economía industrial y la pérdida del peso específico de la sociedad rural, trae ello consigo una marginación del problema. La sociedad rural pierde el peso específico político que venía manteniendo y es desplazada y, con ella, su derecho pierde la vigencia generalizada que tenía, refugiándose en un reducto, pero sin posibilidades de desarrollo y evolución dentro de su área. El tratar de extender sus reglas al ámbito de la economía industrial y urbana da lugar a los desequilibrios consiguientes, falta la «razón de la cosa» y en cierta medida, lo que Popper llama ambivalencia, es decir, el cambio del sentido de la institución. Este en vez de servir a los fines originariamente propuestos, se convierte en un fin en sí misma (ver Popper: «La sociedad abierta y sin enemigos», Paidós 1981). En suma, la razón política será la que definirá lo que hoy entiendo que es y debe ser el Derecho Vasco.

(45) Sobre la participación de los juristas en la tarea política, véase MAX WEBER: «El político y el científico», Alianza Editorial, Madrid 1979.

(46) Al margen de cualquier consideración política, y al margen de cualquier preocupación sobre la voluntad de la Cámara Vasca, lo realmente importante es ver cual es la situación actual de la doctrina científica sobre la cuestión que se plantea, pues si bien es cierto que la razón política, lo político es la fuente originaria del derecho, no es menos cierto que las leyes se formulan y redactan teniendo en cuenta las opiniones de la comunidad de científicos. Ver Atias Christian. «Epistemologie Juridique». Puf. París 1985 y Thomas S. Khun «La Estructura de las revoluciones científicas», Breviarios. Fondo de Cultura Económica. México-Madrid. Buenos Aires 1984.

(47) Sin embargo, la realidad demuestra que el legislador, a la hora de hacer su opción política, tiene como punto de referencia el grado y la calidad de la elaboración doctrinal. En este sentido son interesantes las opiniones de Atias y Kkun y el mismo Freund, en las obras citadas.

(48) FREUND, obra citada, *in fine*.

(49) El Tribunal Constitucional viene haciendo una labor de armonización constante, partiendo de los principios establecidos en el art. 1 de la Constitución, del Estado Social, democrático y de Derecho. Ver S. 71/1982 de 30 de noviembre (pleno). Recurso de Inconstitucionalidad 861/1982, «B.O.E.» de 29 de diciembre de 1982, fundamento jurídico XIX.

Hemos venido haciendo referencia, en todo momento, la Derecho Civil Vasco. Hemos visto, a lo largo de nuestra experiencia (51), las dificultades que para la realización práctica del sentimiento y vocación jurídico-vascos nos han ido imponiendo la realidad política expresada en la legislación civil: prohibición del pacto sucesorio (52), intangibilidad de las legítimas (53); negación del principio de troncalidad en Guipúzcoa (54); reticencias a la hora de abordar las reformas del derecho civil vizcaíno. Sin embargo, vemos, no sin cierta sorpresa, puesto que la capacidad de asombro no tiene límites, que, en otros órdenes, si ya comenzaba a ser difuso el límite de la separación de lo público con lo privado, y no sin desasosiego, vemos el avance imparable del derecho administrativo como vehículo consolidador del intervencionismo estatal, observamos, digo, que esas limitaciones del Código Civil, a la postre, por lo que se ve, más políticas que estrictamente jurídicas, son soslayadas por razón de oportunidad política, por la vía del derecho administrativo, al amparo del cajón de sastre del «estado social». Como de nunciara el profesor Federico de Castro (55), y con el beneplácito de determinados eminentes civilistas (56), no sin protestas de otros (57), el derecho civil queda reducido a su mínima expresión ante el desplazamiento de que es objeto por el derecho administrativo que está pasando a ser y que de hecho ha pasado a ser el nuevo derecho común general, siendo o pasando a ser el derecho civil un derecho marginal, derecho especial o excepcional (58). Sin perjuicio de la administrativización del derecho civil y de la asunción por parte del derecho administrativo de principios del derecho civil, y no sin reticencias por parte de la doctrina (69), conviene recordar un ejemplo en cuanto afecta de manera directa al tema de las jornadas. Hagamos una breve referencia al llamado derecho agrario. ¿Qué no es este derecho sino una invasión

(50) OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht* vol. I, 2.^a edición, Munich, Leipzig 1924, citado por HAYEK FRIEDRICH, A. «Derecho, Legislación y Libertad», vol. I, Normas y Orden. Unión Editorial, S. A., Madrid 1978.

(51) NAVAJAS LAPORTE, A. «La Ordenación...», obra citada.

(52) Art. 1.271-2 C.C.

(53) Art. 806 y ss. C.C.

(54) NAVAJAS LAPORTE, A. «La Ordenación...», obra citada.

(55) DE CASTRO v BRAVO. F. «Derecho Civil de España». obra citada.

(56) HERNANDEZ GIL, A. «Reflexiones sobre el futuro del Derecho Civil, o crece o muere», Madrid 1958.

(57) HILLERS DE LUQUE, S. «La Unidad del Derecho». A.D.C. 1985. I, pp. 415 v ss.

(58) Como señala HAYECK FRIEDERICH, A., en «Derecho, Legislación y Libertad» vol. I. Normas y Orden, Obra citada, pp. 218 y ss.: «Pero hay una tercera clase de legislación «social», cuyo fin es dirigir la actividad privada hacia fines específicos, en beneficio de determinados grupos. Fue el resultado de estos intentos, inspirados en el juego fatuo de la «jurisprudencia social», el que provocó la gradual transformación de las normas de comportamiento ajenas a fines concretos (o normas de derecho privado) en normas de organización dependientes de ciertos fines (o normas de derecho público). Este afán de «justicia social» obligó a los Gobiernos a tratar al ciudadano y sus bienes como objetos de la Administración, a fin de corregir resultados concretos para determinados sectores de la sociedad... Estas tentativas de «socialización» del derecho han, venido sucediéndose en la mayoría de los países occidentales durante varias generaciones y han conseguido ya acabar, en gran parte, con el atributo característico de las reglas universales de comportamiento: la igualdad de todos bajo unas mismas normas... En Alemania, se había hecho convicción general, que el logro de esos fines sociales implicaba la progresiva sustitución del derecho privado por el público. Los líderes del pensamiento socialista en el campo jurídico, predicaban abiertamente la doctrina de que el derecho privado, dirigido a coordinar las actividades individuales, sería progresivamente reemplazado por el derecho público basado en la subordinación, y que «para un orden jurídico social, el derecho privado tenía que ser considerado tan sólo en un ámbito de iniciativa privada provisional y en constante retroceso, respetando transitoriamente dentro de la esfera universal del derecho público. En Alemania esta situación se vio facilitada por la tradición gubernamental, fundamentalmente ilimitada, basada en la mística de la Hohest y la Herrschaft que hallaban expresión en ideas todavía en buena parte ininteligibles para el mundo occidental, como la de que el ciudadano es un súbdito de la Administración, y el derecho administrativo «el correspondiente a las relaciones entre el Estado administrador y los súbditos con los que ha de tratar en el curso de sus actividades». Las posiciones de Alain (Le citoyen centre les pouvoirs, *Ressources*, Paris 1979), en una posición extrema y de Michel Foucault (Omnes et singulatin. Vers une critique de la raison politique, *Le Debat*⁹ 41, Gallimard, Paris, setiembre-noviembre 1986), son un fiel reflejo de la actitud de protesta por la invasión de lo público en la esfera de lo individual.

de lo público, de lo administrativo, en el ámbito del derecho civil? Como botón de muestra nos sirve la cita de la Ley de 24 de diciembre de 1981, número 49/81 que aprueba el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, de aplicación en todo el territorio nacional, en donde se consagra, entre otras figuras, la del pacto sucesorio, y, como dice Arechederra, en donde se consagran las más sorprendentes novedades.

Por último, hacíamos referencia a una cuarta cuestión, de allanar los caminos para alcanzar la unificación y actualización del Derecho Civil Español. Esta cuestión supera las pretensiones de este trabajo, pero no ya sólo la unificación, sino la actualización de derecho civil es una tarea urgente, y en donde se recoja la parte realmente vivia del derecho privado, superándose la tentación de nuestro tiempo a acudir a reformas parciales y parcheos, bajo la excusa de la «urgencia», utilizando las «ventajas» que Heck (60) considera el desarrollo del derecho por vía del decreto. Pero si hay razones suficientemente serias para reclamar la elaboración urgente de un nuevo Código Civil, en cuanto que nuestro viejo texto —nunca suficientemente poderando— ha quedado superado por la realidad, esas razones se vuelven más poderosas si se quiere amparar el ámbito o la esfera de lo privado, de la persona frente a la creciente invasión de lo público, diferenciando los campos de manera clara. La historia, en cierta medida, se repite. El nuevo señor no tiene medida, trata de abarcarlo todo. La esfera privada de la persona se encuentra en peligro. El ciudadano ha pasado a ser súbdito.

No hay principios inmutables, ni siquiera el principio heraclitiano, pues, como dice Octavio Paz (61), el mundo hoy se mueve en una continua vuelta y re-vuelta, vivimos no ya tiempos nublados, como dice el autor mejicano, sino turbulentos. ¿Qué hacer? ¿Será necesario seguir el consejo ignaciano de que en tiempo de perturbación no hacer mudanzas? Una reflexión profunda, seria y honesta se impone, pero fundamentalmente hay que tomar conciencia de la enorme dimensión política de lo jurídico, del carácter armonizador y homogeneizador social del derecho y de que, en suma, el derecho privado debe configurarse como baluarte de la defensa de la esfera individual frente al nuevo poder señorial.

Si se va a afrontar la actualización del derecho civil vasco, debe hacerse partiendo de su verdadera trascendencia social y política.

El Pueblo Vasco es plural, una sociedad de enorme dinamismo, que está sufriendo cambios fundamentales y que es, además, una parte de un todo en el que está inserta y de la que no puede prescindir y, por supuesto, ignorar. La tarea es difícil y debe ser afrontada con humildad, conscientes de nuestras propias limitaciones y sin renunciar ni negar la realidad cumplida del verso de Iparraguirre. Sin embargo, conviene tener presente el pensamiento expresado por Paul Valéry: «Es necesario recordar a las naciones crecientes que no hay ningún árbol en la naturaleza que, aunque colocado en las mejores condiciones de luz, de cielo y de terreno, pueda engrandecerse y crecer indefinidamente» (62).

Sinceramente, creo que sobre estos presupuesto debe iniciarse la tarea.

(59) ARECHEDERRA, obra citada.

(60) HECK, P., «El problema de la creación del Derecho». Ariel 1961.

(61) OCTAVIO, P., «Tiempo nublado». Seix Barral. Barcelona 1986.

(62) VALÉRY, P., «Regards sur le monde actuel». Idées. Gallimard. París 1985.

EL ESPIRITU DEL DERECHO CIVIL FORAL VASCO (Inédito de 1987)

Introducción

La entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, y la consagración por la misma del amparo y respeto a los Derechos Históricos de los Territorios Vascos, en su Disposición Adicional Primera, así como el reconocimiento como competencia exclusiva de las comunidades autónomas que históricamente hayan tenido un propio derecho civil, en el art. 149.1.8., ha puesto de actualidad el viejo contencioso que presidió los debates del Código Civil de 1889, referentes al Derecho Civil Foral. ¿Cuestión jurídica o permanente cuestión política?. Quizá ambas cosas a la vez, pero no puede negarse que durante aquellos debates, y en los actuales, la razón política prima sobre la jurídica. En el fondo de todo ello subyace la cuestión fundamental de la unidad nacional, la esencia de la razón política de la que el derecho, en el pensamiento de Freund, no es mas que un instrumento, Si como se pensó durante siglos en nuestra patria, la unificación del derecho civil era el instrumento necesario para lograr la unidad de la nación, habrá que concluir, a la vista de los resultados, con la vigencia después de publicado el Código Civil, de Apéndices, y luego Compilaciones, que la unidad de España, es una obra inacabada, Sin duda se pensó que el centro de gravedad o el eje alrededor del cual debía de girar esa unidad era el derecho privado y mas concretamente el Derecho Civil. El pensamiento así centrado no está exento de cierta verdad, si se tiene en cuenta que cuando se pergeñó esa unidad y cuando al final del largo proceso de la misma, se trató de plasmar, el Derecho Civil era el instrumento fundamental de homogeneización de la sociedad y por lo tanto de la plasmación del espíritu de la nación. Se partía de la idea que la unificación de aquél suponía el logro de la unificación de ésta bajo un mismo espíritu y bajo unas mismas normas. Por lo tanto, la tarea unificadora, como la contraria, en el ámbito del Derecho Civil estaba presidida por la razón política, era ante todo y sobre todo una razón de Estado. Unidad significaba, entre otras cosas, uniformidad de regulación y con ello homogenización, o lo que es lo mismo, conformación del espíritu de la nación sin fisuras. Unificada la nación, a través de unos mismos códigos, la vertebración del Estado era su inmediata consecuencia. La idea puede expresarse así: A la unidad del Estado, a través de la unidad nacional.

Cuán lejos de la realidad presente se encontraban quienes, animados por aquel noble espíritu e intención, se lanzaron a ese empeño. Desde la espalda de la historia, por emplear la feliz idea orteguiana, hoy podemos decir, que la tarea unificadora del Estado y su conformación como tal, no ha correspondido al Derecho Civil, sino a otras ramas del Derecho, como el Administrativo. Creo que es ocioso el explicar y extenderse sobre este punto, tratando de exponer la importancia que ha tenido y tiene hoy el Derecho Administrativo en la tarea de la formación de la estructuración del Estado. Simplemente una idea para expresarlo. Mientras durante siglos el Derecho Civil fue el Derecho Común, por razón del protagonismo individual y social, la unificación del mismo fue una necesidad para no perder el tren de la historia y configurar el Estado Nacional. Pero la revolución francesa hizo cambiar el signo o el curso

de aquella en la Europa Continental. A diferencia de la influencia que las ideas de la Ilustración tuvieron en el plano jurídico político, en el medio anglosajón donde el individuo, la sociedad, alcanzan su máximo protagonismo construyendo al Estado a su medida, en el continente dicho espíritu ve variado o, al menos, por razones que se salen de este breve ensayo, su signo fue cambiado. Si en un principio puede parecer que la idea de la revolución fue el desencadenar al individuo y a la sociedad de la vinculación señorial y del poderoso aparato de la monarquía absoluta, supeditando el Estado a la Nación, la evolución posterior, supuso, en contra de lo querido, un reforzamiento del Estado. Lo que en principio suponía la equiparación sociedad (agrupación de individuos) = Nación, fue sustituido por Nación = Estado. La configuración del Estado Nacional no será por tanto obra del derecho civil, sino intento no del todo conseguido del Derecho Administrativo. Aquél, de ser el Derecho Común pasa lentamente a constituirse en derecho marginal y éste en Derecho Común, encontrando su culminación en el Estado de Derecho, en donde, como consecuencia de la influencia de las ideas fabianas, el individuo deja de ser el sujeto de la regulación jurídica para desnaturalizarse en el grupo. El derecho, ya de por sí social, recibirá una adjetivación de «social», — que constituye un pleonismo—, con el objeto de marcar el acento en el espíritu que va a presidir el quehacer del Estado que monopolizará esa competencia. Todo queda bajo control, familia, propiedad, contrato recibirán una nueva regulación inspirada desde el vértice de la pirámide estatal. En el plano ideológico la transformación es profunda y de extraordinarias consecuencias, como trataremos de expresar a lo largo de las líneas siguientes. La sociedad Teológica Civil propia de la época anterior a la condificación, irá siendo sustituida paralelamente primero por la Teológica Estatal y ésta a su vez, por la Teológica Social. La ideología que preside el quehacer del creador del derecho configurará unos nuevos tipos de sociedad. La sociedad Teológica Civil, en la que prima el elemento religioso, propio del espíritu feudal, después de la larga marcha a través de la Edad llamada Moderna, será sustituida por una Teología secularizada, propia del espíritu del Estado Nacional. A ésta, como consecuencia de las corrientes del pensamiento Fabianas, la sustituirá la nueva Teología socialista en su versión «vulgar», conformándose el Estado Social.

Todos estos cambios que se reflejan en el plano político, social, institucional, económico e ideológico naturalmente, producen una enorme influencia en el tratamiento que debe darse y que de hecho sufre el Derecho Civil, y fundamentalmente el Derecho Civil Foral, en su configuración histórica. No es lo mismo el analizar el derecho civil foral anterior al Estado Nacional o al Estado Social que el que pudiera entenderse como actualmente vigente. El transcurso del tiempo produce cambios, cambios en todo. Si embargo, Sastre nos recordará que debe tenerse en cuenta que el pasado es presente en cierta medida. Esta idea la retenemos en cuanto que la creemos importante.

Perteneciendo como pertenezco a una cultura «fronteriza», formado en el Derecho Civil Español, la experiencia vivida me ha colocado en un plano ideal para examinar con la necesaria frialdad, pero también con pasión, el fenómeno del Derecho Civil Foral. Vivir en Guipúzcoa, realizar en ella labor de campo, es algo que permite enriquecerse de las «diferencias» que por próximas parecen propias. Guipúzcoa se rige desde el punto de vista formal por el Derecho Civil General del Reino, pero está rodeada por regímenes donde el Derecho Civil Foral ha estado vigente y sigue vigente. Incluso en las zonas guipuzcoanas limítrofes a las de territorio foral se aplica éste como derecho material utilizándose el derecho formal que supone el Código Civil. Es más, durante siglos Guipúzcoa ha clamado por tener su propia regulación civil foral.

La cuestión se ha reavivado, con virulencia en el plano político, y en el jurídico, con la aprobación de la Constitución Española de 1978 y el reconocimiento explícito de la propia

competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral, principalmente en lo referente a la obtención de una regulación de las propias fuentes del Derecho, con el contenido de los art. 148.1.8 de la Constitución, y con el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco.

Han transcurrido ya nueve años, desde la aprobación de la Constitución Española de 1978, y ocho desde la aprobación del Estatuto de Autonomía para el País Vasco. La Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, bajo el impulso del profesor Celaya, ha creado una cátedra para la enseñanza del Derecho Civil Foral Vasco. La Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, en su Comisión de Vizcaya, viene dedicando unas jornadas al estudio sobre el tema. La Comisión de Codificación del Derecho Civil Vasco se ha constituido en el Parlamento Vasco y viene trabajando sin prisa, pero sin pausa. La cuestión, pues, parece de actualidad. Algo se mueve. Mi intención con este trabajo es tratar, en la medida de lo posible, de colaborar con el intento de clarificar lo que fue, lo que es y lo que a mi juicio debe ser el Derecho Civil Foral Vasco.

La necesaria unidad de tratamiento que nos hemos impuesto, exige que, en este estudio hagamos referencia solamente al espíritu del Derecho Civil Foral de los tres territorios históricos que hoy configuran la Comunidad Autónoma Vasca. Ello es una limitación que nos hemos impuesto por razones de método y en función de la diferente configuración de los sistemas del Derecho Foral Navarro. Si bien es cierto e innegable que ambos derechos forales civiles responden a un mismo objeto y configuración, y armonizan a sociedades que en determinados momentos históricos puedan ser iguales, es también cierto que tanto desde el punto de vista histórico de formación como de configuración de los sistemas, se separan. Por ello no perderemos de vista el tratamiento normativo que el Derecho Civil Foral Navarro da a determinadas instituciones que en muchos casos servirán de punto de referencia a la solución de situaciones similares, principalmente en las zonas limítrofes de Guipúzcoa. Respecto de Navarra, debe decirse que tanto la historia de la formación de las mismas en su incardinación de origen en un sistema de diferente factura obligan a obviar la tentación de encuadrar instituciones similares pero surgidas de un diferente sistema, dentro del mismo ensayo, ya que ello hará perder, a nuestro juicio, no sólo la perspectiva, sino el verdadero sentido que ha dado origen no ya solamente a las instituciones, sino también a la razón por la que su regulación ha adoptado una u otra forma. Ello no quiere decir que, a lo largo del ensayo no se haga referencia comparativa respecto del Derecho Navarro.

Pero es necesario el hacer unas clarificaciones previas, para centrar la cuestión en los términos que se pretende dirigir ese ensayo y esas clarificaciones previas, están referidas al concepto mismo del Derecho. Es innegable, afirma André Tunc, que «el Derecho ocupa en el mundo occidental un lugar de primer plano. Los herederos de Rousseau y de Montesquieu, Kant y de los redactores de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, pedirán al derecho el asegurar: «la existencia de las libertades». Esta misión corresponde a la ley. Un legislador, órgano de la soberanía popular debe de ser instituido precisamente para establecer las normas de la vida social. El derecho, en esta concepción se impone a todos, sin que las reglas venidas de otras esferas (la moral, la política), puedan interferir. Su autoridad es exclusiva. Por otra parte, no hay nada que se le pueda escapar de las relaciones entre personas humanas. Sin embargo, del análisis del derecho comparado debe de concluirse que esta opción debe ser matizada en cuanto que la misma no es aceptada en diversas comunidades».

«Sin ignorar que existe una gran dificultad en precisar la noción de derecho y de regla jurídica, sobre las que la filosofía y la sociología del derecho dudan sobre una u otra definición, apareciendo el derecho como una especie de nebulosa, hay que añadir que aunque, al me-

nos, alrededor de la ley, en el mundo occidental existe una noción clara, sin embargo se observan una serie de realidades importantes que también regulan la vida social: las costumbres, los usos, la jurisprudencia, el contrato en todas sus variantes modernas. Sin ir más lejos, es suficiente con cruzar el Canal de la Mancha, para encontrar en Inglaterra un derecho contenido en principios en donde las decisiones judiciales nacidas de las viejas costumbres, y donde la ley, cualquiera que sea su importancia de hecho, no es teóricamente más que una excepción.».

«Por otra parte mientras hay que entender que el derecho puede ser totalmente independiente de la moral, otros admiten que éste es un instrumento de la justicia, y que debe otorgarse un cierto lugar a la equidad. Incluso en algunas comunidades el derecho está íntimamente unido no solamente a la moral, sino a la religión, y en donde el elemento jurídico y el elemento religioso son indisociables.»

Así mismo, se plantea la cuestión de la relación entre el derecho y la política. La filosofía del derecho no ha caído en la ilusión de la independencia entre derecho y política. No creo que sea necesario extendernos más sobre el cuadro que de manera sucinta, ha sido presentado y que demuestra la complejidad de la cuestión que se plantea

Con ello queremos llevar al ánimo del lector la idea siguiente: Cuando hemos titulado este ensayo como «El espíritu del Derecho Civil Foral Vasco», hemos querido y queremos poner el acento, no en el catálogo de instituciones que han aparecido a lo largo de la historia del derecho Civil Foral Vasco, sino en el «espíritu», en la ideología que las ha inspirado, ideología determinada por la concepción religiosa y política y social que naturalmente está íntimamente vinculada con la historia, o mejor dicho con la filosofía de la historia que ha estado presente en la mentalidad vasca, hasta nuestros días.

Religión, política, filosofía de la historia, concepción del mundo y de la sociedad, van a confluir para la creación del concepto de derecho en la mentalidad vasca. Todos esos elementos son los que van a estar presentes en la configuración del «espíritu» del Derecho Civil Foral Vasco.

Cuando hacemos referencia al «espíritu del Derecho Civil Foral Vasco», lo que pretendemos no es referirnos a las normas contenidas en la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Alava, actualmente en vigor, sino al espíritu del Derecho Civil Foral Vasco incardinado en el propio y originario sistema de Derecho Civil, cuya recuperación parece, a la luz de lo establecido en la norma fundamental de 1978, ser no sólo ya posible, sino deseable para el propio constituyente. Parece necesaria una explicación o al menos un desarrollo de ésta idea.

Es innegable que en su redacción actual, las Compilaciones de Derecho Civil de Vizcaya y Alava, son un catálogo de instituciones, cuyo contenido se entendió compatible con el parámetro que supuso lo que hasta la Constitución de 1978 se entiende que era la norma de referencia en materia civil, el Código Civil.

Este, en su Título Preliminar estableció o consagró un determinado sistema de creación del derecho y de elaboración del mismo, de tal forma que ha sido pacífica la doctrina en considerar al Título Preliminar del Código Civil como una norma o conjunto de disposiciones de rango «fundamental» en las materias que regulaba y principalmente en lo referente a las fuentes del derecho. Sobre este presupuesto básico el Título Preliminar del Código Civil, y por tanto el sistema de fuentes o el de creación del derecho vinculaba al legislador a la hora de abordar cualquier reforma del Derecho Civil Foral Vasco. El sistema era único y además cerrado. Sin embargo la Constitución de 1978 ha supuesto, en esta materia un giro de ciento ochenta grados. Ya no se articula el Derecho Civil en un solo sistema, en cuanto que es posi-

ble que determinadas Comunidades Autónomas puedan establecer su propio sistema de fuentes y de creación del Derecho Civil. El Código Civil y más concretamente el Título Preliminar del Código Civil deja de ser la norma de referencia, siendo sustituida por la Constitución y por los Estatutos de Autonomía.

La recuperación del propio sistema de fuentes y de creación del derecho es un hito en la historia del Derecho Civil Foral Vasco y por tanto la posibilidad de su actualización incardinado en su propio y originario sistema. Sin embargo, es necesario en este punto moverse con cautela, puesto que sería absurdo pretender el dar marcha atrás a la historia, y tratar de dar vigencia a una serie de instituciones que si bien fueron, en un determinado momento histórico, injustamente preteridas, hoy no sólo no tendrían sentido, sino que además no responderían a la realidad social de nuestro tiempo. En este sentido y una de las pretensiones de este trabajo es el clarificar cual fue el «espíritu» del Derecho Civil Foral hasta el momento histórico anterior a la elaboración del Código Civil de 1889 y cual es juicio del autor, el «espíritu» que podría presidir hoy la elaboración de un propio derecho civil foral para el País Vasco.

El Derecho Civil Foral Vasco nace o es producto de un sistema de creación del derecho concreto, producto de un determinado momento histórico y respondiendo a unos determinados parámetros conceptuales e ideológicos. Así como dicho derecho fuera de su propio sistema deja de ser derecho y pasa a convertirse en mera regla, —en este caso apoyada en otro sistema que la integra—, sin embargo no puede decirse lo mismo en cuanto a la variación conceptual e ideológica que lo inspiran, dado que dichos conceptos son en general mudables y esa mutación produce efectos en el derecho que obligan a su adaptación a la cambiante realidad social. La variación del ordenamiento que legitima a la norma produce de hecho una variación en el concepto y en la ideología originaria de la norma que ha sufrido el trasvase de un sistema a otro. Es innegable que donde precisamente se manifiesta de manera más clara la idea de derecho y su plasmación conceptual, el traslado de la ideología al ordenamiento, es precisamente en las normas que establecen la articulación del sistema de creación del derecho, más precisamente en la regulación de las fuentes del derecho. Aquí precisamente radicó el principal problema «político» que terminó con el triunfo en España del Estado liberal. La consagración de la ley como fuente primera del derecho, la exclusión de la costumbre contra legem, la reducción de la jurisprudencia, en un primer momento, a constituirse en mero intérprete del ordenamiento civil para pasar, con la nueva redacción, a reconocérsele carácter complementario, la ubicación de los principios generales en el último rango de las fuentes del Derecho, no sin importantes desidencias doctrinales que reclaman para estos un puesto más preeminente, consagración del Código Civil como derecho supletorio de los forales, el establecimiento del principio de la autonomía de la voluntad, como principio básico, etc., suponen la plasmación de un concepto del Código Civil con una clara carga ideológica en lo social, en lo económico y en lo político, que responden a un determinado proyecto de sociedad.

Ahora bien, la unificación del sistema de creación del derecho, de sus fuentes, en el Derecho Castellano, es justo decirlo, no es producto del Código Civil. Este extiende este principio y sus consecuencias a las otras comunidades nacionales, pero en Castilla, a la que pertenecerá desde el siglo XIII el País Vasco, la unificación jurídica se va a ir introduciendo de manera paulatina, sin prisa pero sin pausa, desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348. Por lo tanto la pérdida de identidad del propio sistema de creación del Derecho Civil Vasco no se debe a la entrada en vigor del Código Civil. Será precisamente en el País Vasco donde se manifiesta de manera clara el enfrentamiento entre el sistema propio y el que trata de imponerse desde los centros del poder real, en aras de la uniformidad jurídica, al objeto de reforzar y consolidar el poder de la Corona.

Durante siglos, el derecho civil común, será el instrumento que tratará de utilizar la Corona de Castilla para lograr la necesaria armonización del derecho y la suficiente homogenización de sus súbditos, y la unificación de los mismos, bajo unas mismas leyes y al no lograrlo en toda su extensión, esta idea la heredará y la adquirirá como propia el Estado Liberal, primero, el Estado Democrático de Derecho con posterioridad, hasta que se abandona la idea de que el Derecho Civil pueda ser entendido como Derecho Común. La unificación, bajo otras formas, se logrará a través de otros instrumentos jurídicos, tal y como veíamos antes.

Resulta realmente curioso, y en cierta medida interesante, el observar cómo el derecho ha sido, durante lo largo de la historia de nuestra nación, el instrumento político por excelencia para el logro de la formación de la unidad nacional. Me parece interesante dedicarle unas líneas, sin perjuicio de entender que se trata de una vía abierta al investigador para profundizar sobre este esquema, dándome o no la razón, por lo que lo que se va a decir está basado en la intuición, en lo que puede entenderse como idea. Se trata de una visión de conjunto que como tal se le escapan muchos matices. Pero por ello creo que no deja de ser interesante. Por otra parte es sintomático que, precisamente este esquema se presente en unos contornos claramente definidos en el País Vasco y de manera mas precisada en Guipúzcoa.

Si hay un período en la historia del País Vasco que haya sido objeto de mayor polémica entre los juristas e historiadores desde el siglo XVII hasta nuestros días, es precisamente aquél en el que el País Vasco y más concretamente Guipúzcoa y Alava se separan de manera definitiva del Reino de Navarra para incorporarse al pujante Reino de Castilla. La cuestión ha estado presidida por el interés político y centrado en un punto concreto cual es si Guipúzcoa se incorpora de manera voluntaria al Reino de Castilla o el Rey castellano la conquista. La argumentación de unos y otros ha estado marcada por la utilización de una metodología, que entendemos, y lo decimos con el mayor de los respetos, acientífica, es decir, que para la defensa de una u otra posición se han utilizado argumentos dirigidos más a justificar la propia concepción política, que a dar una respuesta científica a la cuestión.

Las afirmaciones referentes a que Guipúzcoa se incorpora voluntariamente o es conquistada, no son inocuas. Responden a una pretensión justificada en el orden político. Si Guipúzcoa fue conquistada, su pretensión de una soberanía originaria propia del pueblo guipuzcoano no tendría justificación y por tanto no lo tendría la pretensión guipuzcoana de que se le reconociera que sus Fueros eran originarios y propios del pueblo guipuzcoano y por lo tanto los fueros serían otorgados por el monarca. Si por el contrario se entendiera que la incorporación de Guipuzcoa al Reino de Castilla fue voluntaria, el pueblo guipuzcoano tendría una soberanía originaria y habría pactado su incorporación al Reino Castellano. En este sentido los Fueros Guipuzcoanos serán un derecho no derivado del monarca castellano, sino que ese derecho sería propio y por tanto el monarca castellano y sus sucesores deberán respetar esa soberanía originaria, articulándola en la organización de la Nación de tal manera que fuera respetada, configurándose, por tanto, el Pueblo Vasco como un Estado federado o confederado al Reino Castellano. Como puede observarse esta aquí la razón de la llamada Cuestión Foral que luego ha dado lugar al «problema vascos, pero con otros matices.

Bien es verdad que a pesar de los esfuerzos de unos y otros por defender sus diferentes posiciones justificadoras, la cuestión vasca no se ha resuelto. Empeñarse en deslegitimar a unos y otros en sus opiniones, me parece una cuestión estéril. La cuestión por tanto ha superado a juristas e historiadores, para centrarse en una cuestión política, de tal manera que los juristas e historiadores mas que seguir interesados en dar una explicación a la cuestión, deberíamos reconocer humildemente que se ha fracasado en el intento y que el asunto más que una explicación requiere una solución, que corresponde a los políticos, siendo los juristas los

que debemos dotar a aquellos de los instrumentos necesarios para tratar de encauzar el problema que parece haber entrado en vías de racionalización, a través del Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979.

Sin embargo, no puede ni debe eludirse el tratar, aunque sólo sea someramente, la cuestión referente al origen del derecho en las primeras épocas en las que se inicia la andadura de la unidad nacional.

La cuestión planteada, derecho originario propio del pueblo vasco soberano o derivado de la soberanía del monarca y referido a la Edad Media, punto de arranque de este ensayo, se me antoja artificial por una razón obvia. En aquellos lejanos años, el monarca no legislaba y el derecho era creación eminentemente popular. El Estado, tal y como es hoy concebido no existía. La polémica es producto de una extrapolación de las ideas del siglo XVII y XVIII a los siglos XII, XIII y XIV, y por lo tanto, desde el punto de vista científico no tienen justificación. Las razones políticas que suscitan dicha polémica, son propias de una determinada época, siglos XVII y XVIII, cuando se configura de manera clara la monarquía absoluta, el sistema de creación del derecho está en clara transformación. La justificación y oposición a ese intento unificador, están fundamentados en idénticos conceptos historicistas y acientíficos y con una clara intención justificadora. Pero un análisis desapasionado de la historia, nos llevará a otras conclusiones, y al final, la unificación nacional se logrará por otros medios y por otras razones, a las que no será ajena la razón de la fuerza.

Un estudio desapasionado se impone en aras de la racionalización de la cuestión. No es que sea necesaria una desmitificación del problema, sino simplemente tratar de establecer las bases para un entendimiento racional y para ello nada mejor que estudiar el nacimiento, desarrollo, apogeo y desfallecimiento del Derecho Civil Foral, en cuya historia está contenida la historia del Pueblo Vasco desde el siglo XII hasta nuestros días, historia escrita por el propio pueblo, en cuanto el derecho civil forma parte de lo más íntimo de su quehacer diario. A través de este estudio, más que de sus reglas, de su espíritu, descubriremos una forma de ser, de sentir, de hacer el derecho y con él como se ha venido forjando, durante siglos, el alma vasca, que dió vida a ese «espíritu», pues el derecho, aunque hoy sea ignorado por quienes tienen en sus manos los destinos de este pequeño pueblo, es, ante todo una de las más claras manifestaciones de la cultura de un pueblo.

Trataremos de llevar de la mano al lector sobre los variados avatares por los que el derecho foral civil vasco ha pasado y así mismo trataremos de que quede perfectamente reflejado el «espíritu» que lo anima, con la intención de aproximarlos a una de las partes más esenciales de nuestro pueblo.

Capítulo II

Aproximación a la historia de la formación del Derecho Territorial del País Vasco

I.- Introducción

Se ha elegido intencionadamente el título de este capítulo como «aproximación a la historia de la formación del Derecho Territorial en el País Vasco», ya que hoy, todavía, dada la situación en la que se encuentran las investigaciones de la Historia del derecho en el País Vasco, es imposible hablar con exactitud sobre el tema y establecer unas conclusiones concretas.

Se trata de una parcela abandonada de los estudios jurídicos en el País Vasco. La mayor parte de la literatura dedicada al estudio de la historia del derecho en el País vasco ha estado

centrada en el análisis de las instituciones, estudios, fundamentalmente marcados por criterios historicistas y con una pretensión fundamentalmente justificadora. Preocupados como dice Caro Baroja, tanto la Corona como los vascos, aquellos por hacer desaparecer las manifestaciones forales y estos por justificarlas y mantenerlas, los trabajos realizados durante los S. XVIII y XIX y parte del XX han estado presididos por la razón de la justificación y cargados de un gran contenido político, en perjuicio de la necesaria objetividad científica, apasionamiento que todavía hoy está presente. Mistificadores y desmistificadores han puesto sobre todo el acento y el esfuerzo de su actividad al servicio de la razón política. Todavía estas cuestiones levantan ampollas y el científico, ajeno a los intereses partidistas, y necesitado del sosiego imprescindible para realizar su tarea y luego sacarla a la luz, ha optado, unas veces por callar y otras, por dedicar sus esfuerzos a otras tareas, menos enrarecidas, que necesitaban, también ser atendidas, a la espera de una mejor momento, cuando, en más de una ocasión, además ha sido silenciada su labor de investigación, mediante la socorrida fórmula de la pretensión o la ignorancia, marcada por el interés político o el de escuela, siempre circunstancial, pero que, en todo caso, produce efectos negativos para la objetividad de la investigación y la dedicación del investigador.

A ello debe añadirse que, además de esos imponderables de posible manipulación interesada por los políticos y por ciertas escuelas, el científico, guiado por la moral de la convicción, como dijera Max Weber, se ha encontrado en este punto con una dificultad adicional insalvable: La falta de documentación que le permita elaborar un cuerpo de doctrina suficientemente serio para que pudiera tener el carácter de científico.

Por lo tanto, y ello ya lo hemos dicho anteriormente, en este terreno el científico tiene que moverse dentro de las hipótesis posibles, agudizar el ingenio y así bien fijar una teoría, en otras palabras abrir camino.

Pero lo primero que debe hacerse si se quiere afrontar con seriedad y rigor un estudio de esta naturaleza es empezar por deshacer varios equívocos conceptuales que, en el País Vasco han pesado, por causa de la pasión, de manera sustancial, constituyéndose en la «razón secular».

El primer equívoco que debe deshacerse y que es de uso corriente en la fraseología de los políticos y que hoy constituye moneda corriente, por razones que la psicología quizá pueda explicar, y que, por tanto, constituye lenguaje común, es el de la perenne existencia de los Territorios Históricos como entes jurídico-políticos cuyo origen parece como si se hubiera producido en la noche de los tiempos. Esto que a cualquier hombre medianamente versado pudiera hacer sonreír puede pasar a ser considerado como una broma de mal gusto, y al autor de tal negación colocarle en una posición incómoda. Los científicos suelen olvidar a menudo que en política vale desgraciadamente todo y hoy un libro, aunque en la generalidad de los casos está más para adornar una estantería, está al alcance de cualquiera uno no sabe... Pues bien, el equívoco existe y es una desgraciada realidad. Por ello es necesario, como dice Unamuno, repetir a diario lo que a diario por puro se olvida y, en este sentido no es de recibo recordar que lo que hoy constituyen los territorios jurídico político vascos como entes jurídico político administrativos, institucionalizados, aparecen en época tardía. La Provincia de Guipuzcoa, por poner un ejemplo elemental, tiene su nacimiento en el S. XIV. Hasta entonces no existe Guipuzcoa sino la Tierra de Guipuzcoa y las Villas. Existía una población ubicada una parte en las villas y otra en la Tierra llana que ocupaban el solar que, luego, con el transcurso del tiempo, y no sin mil avatares, será la Provincia de Guipuzcoa. Lo mismo puede decirse de Vizcaya y de Alava. Su nacimiento como entes jurídico políticos tal y como están configurados hasta el S. XIX es tardío. Bien es verdad que su nacimiento como entes Jurídico Políticos representan un hito en la historia que tiene una gran importancia para el tema que nos hemos propuesto.

El segundo equívoco que hay que deshacer es el referente a la confusión, también corriente entre los juristas que en el País Vasco han tratado temas histórico jurídicos, entre Instituciones jurídicas y Fuero.

La palabra Fuero, originariamente de exclusivo contenido jurídico y terminológicamente de carácter foráneo al País Vasco, de un claro contenido judicial, pasará primeramente a ser sinónimo de Derecho, para terminar teniendo un claro contenido político, sinónimo de derecho originario de una determinada comunidad para autorregularse. Larramendi lo expresará claramente, en época muy avanzada y cuando la palabra fuero ha perdido su primitivo significado y ha adquirido un claro matiz político, bien es verdad, no exclusivo de las comunidades vascas, al diferenciar el Fuero originario, propio de la primitiva población vasca y el derivado, el accidental, que es el que ha venido recibiendo de los monarcas, y que por tanto es accidental y variable.

En esta interpretación Larramendiana encontramos ya el concepto de Fuero elaborado, con claro matiz político, como el derecho originario de una comunidad, immanente a la misma y que parte de su esencia, interpretación basada en la elaboración doctrinal de la escuela española del Derecho natural y fundamentalmente en Suarez.

Las Instituciones Jurídicas serán, según esa concepción, lo accidental, lo derivado y como tales cambiantes, mientras que el Fuero originario será el derecho propio y exclusivo del pueblo vasco para autorregularse y su naturaleza será soberana, irrenunciable.

La tesis Larramendiana, parte del supuesto de que el Fuero, el Derecho, es anterior al Estado. Precisamente es en este punto en donde se encuentra, a mi juicio, la clave para entender el desarrollo doctrinal posterior que ha tratado de justificar la soberanía originaria del pueblo vasco.

Se trata de una concepción del origen del poder político que se expresa doctrinalmente en los S. XVI y XVII y que tiene su formulación en la idea de que potestad y soberanía no son una misma cosa. La soberanía, para esta doctrina, reside en la comunidad y por lo tanto la ejercen los sujetos en los que la comunidad delega a través de uno o varios oficios con el consentimiento de los hombres que integran la comunidad.

Por lo tanto, se pueden observar dos diferentes ideas. En una de ellas, Instituciones Jurídicas y Fuero son una misma cosa, posición hoy corriente y que está marcada por un criterio historicista, presente a la hora de redactar el Estatuto criticado por quienes, en el momento de la discusión de la redacción de la Disposición Adicional primera de la actual Constitución tenían y luego tuvieron un fuerte peso específico. En la otra se separa de manera clara, Fuero e Instituciones Jurídicas, marcándose el acento en aquél, y si bien puede parecer un avance, el criterio ahistórico está presente, desde el momento en el que se parte de la afirmación indiscutida de que el fuero significa soberanía originaria del Pueblo Vasco, confundiendo particularismo político y cultural, y por tanto el derecho a la diferencia, con el concepto político de soberanía, concepto ajeno al significado original e histórico de Fuero.

Si bien las anteriores posiciones doctrinales son censurables por lo dicho hasta este momento, no menos censurable es la posición contraria, que olvida que las instituciones jurídicas que sobreviven en el País Vasco, manifestadas de una u otra forma tienen su esencia en un sistema diferente al que se encuentran ubicadas hoy, de tal forma que, y ésta será la tesis fundamental de este trabajo, dichas instituciones tienen su origen y fundamento, su esencia, en un sistema de Derecho ajeno a aquel en el que hoy sobreviven, y en el que difícilmente pueden integrarse y desarrollarse en plenitud. Sin embargo, la Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, cuando hacen referencia al ámbito del ordena-

miento civil, han venido a establecer las bases para corregir esa desarmonía, produciéndose en la materia civil, un giro de ciento ochenta grados y tratando de colocar las cosas en su sitio y ubicar al derecho civil foral y especial del País Vasco en su verdadero contexto.

Nada mejor para deshacer equívocos que el tratar de aproximarnos a la historia de la formación del derecho Territorial civil en el País Vasco, con la intención de clarificar estas cuestiones de manera desapasionada.

II.- Aproximación

Al hablar del País Vasco y más concretamente al hablar del Territorio Vasco nos estamos refiriendo al territorio que hoy forman las tres provincias o Territorios Históricos Vascos, y al hablar del Derecho territorial Civil hacemos referencia al derecho de una comarca o región que tiene su propio sistema de fuentes de creación del derecho, las normas generalmente aplicables en ella, y por lo común, en defecto de prescripciones locales. No vamos a referirnos, por tanto, al derecho que emanaba de los Fueros Municipales sino al derecho que existía en la totalidad de unos concretos territorios, Guipúzcoa, Vizcaya y Alava, desde el S. XII, hasta la actualidad, si bien es necesario establecer una división en períodos, ya que efectivamente, en la historia de la formación del derecho territorial Civil vasco se pueden observar la existencia de unos períodos claramente definidos, si bien el desarrollo en cada uno de ellos no es uniforme.

En cuanto se refiere al período comprendido entre el S. XII al S. XV, puede decirse lo mismo que dijera Galo Sánchez respecto del Derecho Territorial Castellano, de la vieja Castilla de la Castilla nuclear, en 1929:

«al comparar el sistema de fuentes del derecho medieval castellano con el de otros territorios españoles, adviértese desde luego una diferencia importante. Castilla logra redactar sus derechos locales gracias, en primer término, a varios códigos municipales; pero su derecho territorial al-contrario, puede decirse que no ha sido fijado oficialmente, y que las escasas leyes territoriales de Castilla, son tan poco significativas que, en la práctica es lícito prescindir de ellas. En otros territorios peninsulares la autoridad legislativa fija, en cambio, tanto los derechos locales como el territorial. Durante los primeros siglos de la reconquista la fisonomía de los territorios peninsulares es muy semejante desde el punto de vista de las fuentes jurídicas: falta en ellos la ley en el sentido propio de la palabra, esto es, la ley territorial, ya que en contraste con el pasado visigótico, ni el Rey legisla, ni existen asambleas legislativas. Pero al llegar el S. XI, en plena edad diplomática, el País Leones primero y Cataluña después, redactar oficialmente sus derechos territoriales respectivos».

¿Qué ocurre en el País Vasco?. Prácticamente lo mismo que en la Castilla nuclear. No hay que olvidar que el País Vasco se integra de manera temprana a Castilla y en cuanto a la formación del derecho territorial, puede decirse sigue la misma suerte. Sin embargo hay que señalar la existencia de dos períodos fundamentalmente diferentes en este punto y dentro del segundo de los períodos es necesario resaltar el diferente camino que seguirán la Tierra Llana de Vizcaya y parte de Alava que se van a separar de manera clara del resto de los territorios vascos peninsulares. Durante el primer período el camino recorrido puede decirse que es casi idéntico que el de la Castilla nuclear en este punto. Pero a partir del S. XV la tierra llana de Vizcaya y parte de Alava se separan de manera clara y van a formar a dar el carácter institucional a redactar su código de derecho territorial. Pero conviene no adelantarse excesivamente.

Durante este período Guipúzcoa, Vizcaya y Alava, al igual que Castilla la Vieja, a diferencia de otros reinos de la península, viven sin leyes territoriales, se rigen exclusivamente por la costumbre, y la legislación local, es decir, por el derecho consuetudinario, fundamentalmente en la Tierra Llana, y por los Fueros Municipales y el derecho subsidiario de estos, en la zona de influencia de las villas, hasta bien entrado el siglo XIII. Pero hay situaciones

concretas que no están recogidas en los Fueros Municipales y que, sin embargo deben ser resueltas por los jueces encargados de aplicar el derecho. ¿Cuál era éste?. «¿Cuál era el criterio que se seguía en aquellas situaciones en que no existía norma escrita?. Esta cuestión será objeto de estudio posterior.

Con posterioridad la Tierra Llana de Vizcaya y parte de Alava, seguirán un camino diferente al que siguieron el resto de los territorios vascos peninsulares. Al menos lo seguirán durante un tiempo en solitario, adelantándose al tratamiento o a la solución que con posterioridad dieron Guipúzcoa y las zonas de influencia de las villas fundadas por el derecho otorgado por los monarcas.

Por lo tanto, en este punto y para una mejor comprensión del tema propuesto, dividiremos la exposición en dos puntos claramente diferenciados, el primero será el de la formación del derecho territorial y el segundo el de su fijación definitiva, que se realizará en fechas distintas en uno y otro territorio y en donde la extensión del derecho de las villas, tendrá una importancia decisiva para la configuración o formación del derecho territorial, fundamentalmente en Guipúzcoa y Alava, llegándose a una solución transaccional, derecho de las villas, y derecho de la Tierra en Vizcaya.

Por ello creemos que es de especial importancia esta etapa y dentro de ella el analizar la diferenciación progresiva entre Villas y Tierra Llana, de tal forma que puede afirmarse que de una configuración total inicial del solar vascongado en Tierra Llana, se va a ir produciendo paulatinamente el desplazamiento de estos por la expansión de la jurisdicción de las villas y con ellas de su derecho. A ello hay que añadir el cambio de naturaleza jurídico política que se produce en la Tierra Llana de la Tierra de Vizcaya. La Tierra Llana o de realengo, en una primera etapa, aparece de las villas y expresión de estas, en una segunda, y por último configuración de la Tierra Llana Vizcaina como Encartación serán los hitos fundamentales a través de los que se van a ir creando las bases para la formación de los diferentes derechos territoriales.

A) TIERRA LLANA

Señala Banus que en la Alta Edad Media, se emplea habitualmente la palabra «terra» (tierra) para designar una circunscripción. Lo que importa es que tenga personalidad geográfica humana: es la población que la habita quien define la «terra» y añade: que sus habitantes constituyan un pueblo, esto es, una cierta comunidad que tenga una personalidad que la diferencia de los vecinos, —factor negativo—, y una conciencia de solidaridad, —factor positivo—, que los mantenga unidos. Por razón de su origen y su organización dice García Gallo la terra es en cierta medida una comunidad política. La «tierra» constituye en un principio un distrito administrativo: una *mandatio* (mandación, desde mandación funcionario), un «*territorium*». En el País Vasco observamos la existencia de algo similar con la presencia de una «*terrentia*» (donde manda un delegado regio).

Para Jacques Heers se trata de un entorno geográfico donde existen propiedades estrictamente campesinas, independiente del Señorío, por lo menos desde el punto de vista económico; eran las tierras que pertenecían al patrimonio familiar y que no debían alquilar alguno: tierras llamadas generalmente abadías. Según este autor, estas tierras campesinas no eran siempre de propiedad individual, de un hombre y sus herederos, ni de una sola familia, sino, mas bien, de un grupo social dilatado, de una importante comunidad familiar, llamada en provincia comunidad tácita que celosamente conservaba su patrimonio indiviso; también estas tierras, mucho más difíciles aun de captar por el historiador, escapaban al marco del señorío y representaban, sin duda alguna, en ciertas regiones una notable parte de terrenos y añade: la propia noción de «propiedad» era entonces muy compleja y bastante subjetiva.

El campesino poseedor de una tenencia que, desde varias generaciones cultivaba el mismo campo, terminaba por considerarlo como su propia tierra, aun respetando los derechos del señor. El País Vasco, en los albores del siglo XIII está constituido al parecer, por tierra llana en su mayor parte, salvo la parte geográfica de las villas que empiezan a florecer.

Existía, por tanto, hasta esa fecha una sola jurisdicción y un solo derecho, el que emanaba de la costumbre y de las decisiones judiciales del oficial del Rey o del señor, juntamente con el consejo de la Tierra o del clan familiar predominante en la misma.

B) ENCARTACIONES Y VILLAS

A lo largo de los siglos XIII y XIV la Tierra sufre una profunda variación en el solar vascongado, en el plano jurídico administrativo, produciéndose en unos casos, Guipúzcoa, su total desaparición al ser desplazada por la jurisdicción de las villas, no sin grandes sobresaltos, y en Vizcaya produciéndose su división entre Villas y Encartaciones o Tierra Llana o Anteiglesia y Alava donde la «tierra» quedará reducida a un pequeño territorio, siendo el resto cubierto por la jurisdicción de las villas.

Integrada la tierra vasca en la órbita de influencia del reino castellano a partir del siglo XII forman una parte importante del mismo. Guipuzcoa y Alava son territorios fronterizos con Navarra que durante largo tiempo no renuncia a su recuperación y así mismo en los territorios situados en lo que hoy es Francia. Esta situación geográfica va a tener una enorme importancia.

Los reyes castellanos han iniciado una política clara de expansión que puede considerarse para la época, siglo XII, progresista. Frente al derecho feudal propio del Reino Navarro y a las consecuencias que en orden de las vinculaciones personales ello supone, los reyes castellanos abren el pórtil a la obtención de la libertad y de las exenciones de vasallaje. Inician una política de fundación de villas otorgando exenciones personales, libertades y franquezas a los habitantes de la Tierra que pueblan las villas. En casi tres siglos vemos llenarse la geografía vasca de numerosas villas, desde San Sebastián, fundada en 1180, según Lacarra por el Rey Sancho el Sabio de Navarra, hasta 1461 que se da la última carta puebla a Areria, lo que supone en Guipuzcoa la desaparición de la «tierra» y con ella el establecimiento definitivo de un orden jurídico nuevo con la desaparición de la jurisdicción de los oficiales del rey.

En Vizcaya y Alava, se llega a una situación distinta, en donde van a confluír dos diferentes órdenes jurídico administrativos, los de las villas y los de la tierra. Esta se configura en Encartación, como comunidad aldeana. Jacques Heers nos dira que: La comunidad rural o pluraldeana se desarrolla como una realidad económica, social y política muy poderosa, pero, por desgracia, con demasiada frecuencia abundan los historiadores, obsesionados por el señorío, y por las relaciones señores-campesinos. Al referirse al origen afirma «No cabe duda de que la toma de conciencia de la comunidad en el campo, nació de la idea de seguridad y de salvaguarda, encontrándose ello ligado a la definición de lindes materiales» y señala que «en todos estos países (entre los que incluye al País Vasco español), fueron las comunidades de pastores, quienes obtuvieron el rescate de los censos y servidumbres señoriales.

Por ello, jugaron un considerable papel político y social.

Al referirse al País Vasco español dice: En el País Vasco español, los habitantes, ganaderos en su mayoría, se han agrupado, así mismo en siete amplias comunidades federales, las mancomunidades, que reunían a su vez en un número muy variable de comunidades de villas (de 2 a 31); estos últimos llevaban el muy significativo nombre de Anteiglesias (la puerta de la Iglesia, lugar donde los hombres vivían en casa o caseríos muy dispersos, se reunían a la salida de misa). También aquí unos delegados elegidos representaban a los hombres de

cada comunidad primaria. Tales comunidades plurialdeanas, de estructura federal, más o menos extensas abundaban entonces en todas las comarcas de occidente, así por ejemplo, en los Pirineos franceses o españoles, en el país suizo o francés, y en Saboya..., y lo mismo en Armenia. En ciertas regiones, estas asociaciones político económicas tomaron una amplitud más grande; adquirieron una libertad total y una especie de autonomía fiscal y política, repartían sus tasas y contribuciones por la práctica del *escartonnement* (escarton o eastron en Briançonnais, Encartaciones en Vizcaya).

Aparece por tanto ya en el siglo XIII y XIV en el País Vasco claramente definida la existencia de dos jurisdicciones que tendrá influencia notoria en la formación del derecho territorial. Por una parte el derecho recibido a través de los fueros municipales, que en muchos casos recogen el derecho propio de la tierra, en donde aparecen fundadas las villas y por otro la jurisdicción de la tierra originaria, a tenor de la institucionalización de las Encartaciones, y con ello una diferente situación de creación del derecho que se configura de manera definitiva al reconocerse como derecho propio de la Tierra Llana al Fuero de Vizcaya de 1452. Desde ese momento emana en el País Vasco el derecho propio de la tierra, oficialmente reconocido en Vizcaya y parte de Alava, con algunas manifestaciones aisladas pero de carácter consuetudinario en parte de Guipúzcoa. En el resto, será el Derecho real.

Queda de esta forma configurada la definitiva formación de los derechos territoriales del País Vasco.

C) LOS DOS ORDENAMIENTOS

A finales de la Edad Media, en el territorio vascongado, aparecen claramente configurados dos ordenamientos jurídicos, el Derecho Real y el Derecho Particular, el primero se extendía por Guipúzcoa y Alava y la parte de Vizcaya de jurisdicción de las villas y el segundo se aplicaba en la Tierra Llana de Vizcaya y en Ayala.

En el siglo XIII han penetrado en la península, de manera irresistible, el derecho foráneo, el derecho romano de la recepción. Los monarcas castellanos adquieren la conciencia que para producir la unidad política de los reinos peninsulares, el camino, lento pero seguro, es el establecimiento de la unidad jurídica, la homogeneidad en las relaciones que produce el derecho. Tarea inmensa y difícil. Alfonso X el Sabio por primera vez tratará de establecer una norma de carácter general, el Fuero Real, en 1252 que es contestado de manera unánime, a lo largo y a lo ancho del Reino de Castilla. Si su empeño no tiene éxito inmediato, el Rey de manera prudente, va concediendo el Fuero Real como derecho supletorio de los Fueros Locales a las diferentes villas. Esta situación se verá consagrada por la publicación del Ordenamiento de Alcalá de 1348 en donde se establecerán los criterios de unificación del derecho con el establecimiento del orden de prelación de las fuentes de aplicación del mismo.

Guipúzcoa recibe el Fuero Real como derecho supletorio de los Fueros Locales y fundamentalmente de aquellos fueros municipales breves que no tienen, por tanto una regulación extensa. En Alava a partir de 1332 se rigen por el Fuero Real y demás leyes de Castilla a excepción de Ayala que hasta 1487 había conservado su propio fuero, pero en esta fecha se arrimaba al resto de la provincia alavesa, a excepción de la libertad absoluta de testar y en lo referente al usufructo del cónyuge viudo que conserva como estaba en su fuero propio.

Esta situación se verá consagrada por la publicación del Ordenamiento de Alcalá de 1348, en donde se establecen los criterios de unificación del derecho con el establecimiento del orden de prelación de las fuentes, del uso de aplicación del mismo.

Aramayona, y Llodio que en 1469 y 1491 respectivamente se separan de Vizcaya y se unen a Alava, se regirán por el Fuero de Vizcaya. Vizcaya se regirá en lo que afecta a la jurisdicción de las villas por el derecho real, en lo que no está regulado por los fueros propios de las villas y la Tierra Llana por el Fuero de Vizcaya, que alcanza su primera redacción en 1452 sobre la base de una serie de indagaciones de la costumbre inmemorial y que será objeto de modificación en 1526 por el que se regirá hasta la redacción del Código Civil de 1889.

Guipúzcoa y Alava intentarán de manera reiterada el recoger el derecho particular, pero todos los intentos fracasaron. El primer intento en Guipúzcoa se hace en 1583, pero no deja de ser un intento parcial. Si bien con antelación, en 1397 se había fijado las bases para que el derecho originario fuera recogido sin embargo, ese primer cuaderno de ordenanzas está limitado a una pequeña parte del propio derecho territorial y sufre la influencia del Derecho Real. Será más tarde, en 1696 cuando se redacte la Nueva Recopilación de las Ordenanzas de Guipúzcoa, pero la recopilación como dirá Gorosabel se hace tarde y mal, además de recoger muy escasas instituciones de derecho privado.

Igual puede decirse de Alava, cuyo cuaderno de Leyes y Ordenanzas de la Hermandad de Alava, data de 1555.

Como estas recopilaciones se hacen de manera tardía, cuando ya el Derecho Real ha tomado firmeza, se recoge muy poco, a diferencia del Fuero de Vizcaya, de los derechos territoriales guipuzcoanos y alaveses.

Toda la historia de los siglos XVI y XVIII estará dirigida por un lado a obtener primero una ampliación del reconocimiento del propio y particular derecho territorial y, por otro de salvar lo esencial de lo consignado hasta el momento.

La corriente unificadora chocó con la tozudez vascongada que logró mantener parte del particularismo obtenido hasta entonces, hasta que a finales del siglo XIX ese particularismo desaparece de la letra impresa, pero se conserva en el corazón de cada vasco que ha venido reclamando, sin desmayo, el reconocimiento de su propio derecho.

Por lo tanto, desde finales de la Edad Media, quedan consagrados dos ordenamientos en el País Vasco en el orden civil. El Derecho Real por un lado, vigente en Guipúzcoa y Alava, y en la parte de Vizcaya de jurisdicción de las villas, por otro el derecho de Vizcaya en la Tierra Llana, así como el Fuero de Ayala en el territorio de este nombre.

El Código Civil consagrará esta situación, si bien reduciendo al mínimo el alcance del Fuero de Vizcaya a través, primero del apéndice del Código Civil de los derechos de la Tierra Llana de Vizcaya y de Ayala, para luego ser sustituido por la compilación de Derecho Civil de "Vizcaya y Alava.

La Constitución Española de 1978 y el Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979, como veremos más adelante, permiten que se replantee la cuestión y pueda llegarse a una regulación unificada del ordenamiento civil, en todo el territorio vascongado.

LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS CIVILES EN GUIPUZCOA. PASADO, PRESENTE Y FUTURO.

Gasteiz, 14 octubre 1987

I.- Idea general

La Provincia de Guipúzcoa se encuentra enmarcada por tres territorios, Navarra, Vizcaya y Alava, en dónde rige el Derecho Civil Foral. Mientras que en todo el territorio Navarro está vigente el Amejoramiento Civil, en los otros dos territorios rige derecho civil foral precisamente en aquellas zonas que limitan con Guipúzcoa. Su composición humana, social y económica es idéntica. Es más, en Guipúzcoa es donde de manera más clara se han conservado la lengua y los medios de vida tradicionales vascos. Sin embargo, en Guipúzcoa, ha regido de manera oficial, hasta la entrada en vigor del Código Civil, la legislación civil castellana y al entrar en vigor el Código Civil, rigió éste. Alonso Martínez, en las discusiones preparatorias a la redacción del Código Civil, y para justificar que realmente la legislación civil castellana en materia de sucesiones no suponía ningún quebranto para la indivisión de la propiedad agraria, decía: «en Guipúzcoa, por ejemplo, rige la legislación castellana con sus legítimas y mejoras; en Navarra, hay, por el contrario, libertad de testar; en Aragón, el padre tiene la facultad de distribuir como le plazca su fortuna entre los hijos; en Cataluña, es legítima de éstos la cuarta parte del caudal paterno y de los tres restantes dispone el padre a su albedrío. Dificilmente se podrán imaginar cuatro organismos jurídicos más desemejantes y sin embargo, en Guipúzcoa, Aragón, Navarra y Cataluña, se conserva y perpetúa del mismo modo y por idénticos procedimientos las familias y con ella la unidad agrícola, la cual no se disgrega ni fracciona a pesar de las legítimas y de las particiones que tanto preocupan, y tal espanto perturba el ánimo de los jurisconsultos forales» (1).

¿Pero realmente en Guipúzcoa ha regido la legislación castellana a lo largo de la historia de la Provincia?

Una mirada superficial pudiera darnos una respuesta afirmativa. Si confundimos el derecho con la ley, no tendríamos duda de que efectivamente en Guipúzcoa, el territorio en el que de manera más viva se ha mantenido el sentimiento de lo vasco, ha regido desde su incorporación a Castilla el Derecho Civil Castellano. Sin embargo la realidad es bien otra. ¿Cuál es pues la respuesta?

Desde luego, aquí sí que puede decirse que la realidad normativa no ha podido estar más alejada de la realidad social porque efectivamente es cierto que en Guipúzcoa ha estado presente desde el punto de vista material, en unos casos, y, formal en otros, la legislación oficial. Pero la realidad es mucho más compleja, y el afirmar como hacía Alonso Martínez, que en Guipúzcoa ha regido desde siempre la legislación civil castellana, en materia de sucesiones, es una verdad a medias; verdad, en cuanto que oficialmente y en época avanzada, los

(1) ALONSO MARTINEZ, MANUEL. *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Biblioteca Jurídica. Madrid 1.884 y Ed. Plus Ultra, Madrid 1.847.

tribunales aplicaban el derecho civil castellano; afirmación errónea en cuanto que en un principio en todo el territorio se aplicaba el derecho propio, no castellano, para luego aplicarse en la realidad dos diferentes ordenamientos, eso sí, bajo el manto oficial de uno. Los juristas en nuestro método de simplificamos las cosas, como dice Larenz (2), transformamos la realidad, la traducimos a nuestro lenguaje, creamos y plasmamos una realidad distinta. Sin embargo, al profundizar en el tejido social, podemos darnos cuenta que en nuestra construcción, sin perjuicio de existir algo de artificial, hacemos una labor de transformación, de variación de lo real. Cambiamos la realidad. Creamos una realidad nueva, la adaptamos a nuestro lenguaje y la sometemos a nuestros conceptos.

En suma, simplificamos y con esa simplificación, no sólo nos cautiva, sino que nos lleva a crear un modelo de las relaciones sociales envasado en nuestros conceptos.

El paso de la idea al concepto, de la potencia al acto, en suma, el movimiento que supone la interpretación de la realidad para adaptarla a la norma es precisamente la labor que durante siglos viene haciendo el jurista. El paradigma jurídico trata de asumir la realidad social y no sólo explicarla, sino regularla, pero la «anomalía» obliga, en el desarrollo de la revolución científica a revisar el paradigma originario dando origen a otro paradigma, y así sucesivamente. Si en la historia de la filosofía de la ciencia, esta dinámica se ha expresado de manera clara, lo mismo puede decirse de la historia de las revoluciones jurídicas (3). Es, por tanto necesario el pararse a examinar con frialdad la historia para poder llegar a una conclusión, aunque ésta siempre deba ser provisional.

Un análisis de la historia de la aplicación del derecho en Guipúzcoa nos mostrará cómo, en la realidad, aquella afirmación de Alonso Martínez era parcialmente errónea, y cómo, ciertamente en Guipúzcoa hasta nuestros días han estado vivos dos ordenamientos, dos formas de entender la regulación de las relaciones civiles entre los guipuzcoanos.

Sin perjuicio de lo que en su día demostré en mi tesis doctoral sobre el particular, recientemente nuestro Tribunal Supremo ha venido a reafirmar aquella afirmación mía realizada en casi seiscientas páginas. La Sala 1 del Tribunal Supremo en sentencia de 12 de julio de 1984, declara la existencia y validez en Guipúzcoa del «pacto sucesorio» por encima de los postulados y prohibiciones del párrafo 2 del art. 1.271 del Código Civil. De ello se han hecho eco, por su importancia, una parte de la doctrina científica, García Cantero y Arechederra (4).

Nuestra tesis es que en Guipúzcoa han estado, a lo largo de la historia «vigente», primero tres y luego dos ordenamientos civiles, el Castellano y el Originario Vasco. Si bien en apariencia, sólo está «gente» uno, el común de la nación, la realidad es otra y ello requiere una explicación que sólo la vemos en la historia, pero no en la historia de las instituciones, sino en la historia de la formación de la Provincia.

2. Desde los orígenes hasta el Ordenamiento de Alcalá de 1348

En los albores del siglo XI la documentación conocida, aunque escasa, permite ver con claridad la aparición de la «tierra» de Guipúzcoa ocupando un espacio que por el oeste llega

(2) LARENZ KARL. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ariel. Barcelona 1.980, pag. 272 y 273.

(3) KUHNTH. *La estructura de las revoluciones científicas*. Mexico 1.937.

(4) GARCÍA CANTERO GABRIEL. *Más sobre el Derecho Consuetudinario Guipuzcoano*. (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1.984). Jornadas de Estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos. Universidad del País Vasco. San Sebastián, Julio 1.985, pag. 367 y ss.

ARECHEDERRA ARANZADI L.I. *Testara la Navarra. Derecho Consuetudinario Guipuzcoano o Descodificación*. (Aportación con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1.984). Revista Jurídica de Navarra. Gobierno de Navarra. Pamplona 1.986, n. 1, pag. 87 y ss.

hasta el río Deva, primero integrada en el Reino de Navarra, para pasar, no sin algunas fluctuaciones, a integrarse de manera definitiva, en el siglo XIII, en el Reino de Castilla (5).

Lo cierto es que entre los siglos XII y XIII aparecen claramente configurados en Guipúzcoa tres diferentes ordenamientos, el que corresponde a la regulación del Fuero de San Sebastián, el correspondiente al Fuero de Logroño y Vitoria y el de la Tierra Llana.

Cuando todavía en la Alta Edad Media la «tierra» de Guipúzcoa fluctuaba entre la influencia política de los reyes navarros y castellanos, un rey de Navarra, Sancho el Sabio, va a dar, en 1.180 a San Sebastián, el Fuero de su mismo nombre (6), que supone el instrumento de creación de la villa. Ello tiene importantes consecuencias en el plano jurídico, en el político y en el social. En el jurídico en cuanto que los habitantes de San Sebastián, van a tener un instrumento concreto normativo que permita referenciar la regulación de sus relaciones, en el plano político, en cuanto, que en aquella época un instrumento de esa naturaleza no tenía sólo un carácter privado que permitiera solamente la regulación de las relaciones civiles entre los habitantes, sino que también establecía el carácter o naturaleza de relación con la Corona, suponía una nueva forma de regulación, la supresión del vasallaje en el sentido feudal, tanto con la Corona como con los «terrentes» o «domini» o señores feudales, y en el plano social y económico suponía la obtención de la franqueza, porque efectivamente, el Fuero de San Sebastián, era un Fuero característico de francos, que respondía a una concreta política demográfica y económica de la época. Está, todavía por estudiar si realmente con ésta fundación el Rey Navarro quiso establecer una nueva política en zona fronteriza con Castilla, para obtener el apoyo de la población, frenar el imparable avance del pujante reino Castellano cuya infraestructura jurídico política estaba basada en el reconocimiento de la libertad de los habitantes de las tierras que componían el reino y que por ello iba obteniendo de manera paulatina el apoyo popular frente al rígido derecho feudal propio de una época que fenecía. Se trataba, en suma, de la instauración de un orden nuevo. Lo expresa de manera clara Maurice Druon, cuando pone en boca de uno de sus personajes, Carlos de Valois, estas frases: «¡Por todos los santos!. ¡Cosas extrañas acaecen en el reino y bajo el mismo techo del rey!. La caballería se extingue, señor y hermano mio y con ella todo honor... Los legistas, «nacidos de la nada», intentaban no se que nuevo derecho sacado de las instituciones romanas, para reemplazar el bueno y antiguo derecho feudal: el resultado no se ha podido esperar» (7).

Pertenece el Fuero de San Sebastián a la familia del Fuero de Estella, contiene los artículos del Fuero de Jaca que pasaron al de Estella, mezclándose con los de derecho marítimo, propio y original de la nueva población (8). Ricardo Izaguirre y Jose Luis Banús han precisado con exactitud el ámbito territorial que abarcaba dicho Fuero. Era de gran amplitud y alcanzaba más de la cuarta parte de lo que hoy es Guipúzcoa (9). Entrado el siglo XIII, el Fuero se va a extender a otros puntos de la costa por concesión de los Reyes Castellanos. En 1.203, a

(5) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *La ordenación consuetudinaria del Caserio en Guipúzcoa*. Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones. Colección Estudios, n. 3. San Sebastián 1.975, pág. 33 y ss y la bibliografía que se cita.

(6) LACARRA J. M. *Fueros de Navarra I. Fueros derivados de Jaca / Estella-San Sebastián*. Pamplona 1.969.

(7) DRUON MAURICE. *El Rey de hierro; En los reyes malditos*. Javier Vergara Editores. Buenos Aires.

(8) LACARRA J. M. Obra citada.

(9) BANUS AGUIRRE J. L. *El Fuero de San Sebastián*. 1.963. El límite oriental de San Sebastián y el Puerto de Pasajes, en Homenaje a don Julio Urquijo. N. extraordinario del Bol. RSBAP III, San Sebastián 1.951, pág. 303 y SS.

IZAGUIRRE R. de. *Historia y toponimia donostiarra. El primer grupo de documentos referentes a San Sebastián de Hernani*, en Homenaje a don Julio Urquijo. N. extraordinario del Bol. RSBAP III, San Sebastián 1.951, pág. 335 y ss.

Oyarzun y Fuenterrabia, 1.209 a Guetaria y Motrico; 1.237 a Zarauz; 1.320 a Renteria; 1.347 a Zumaya; 1.371 a Usurbil; 1.379 a Orio (10).

A los efectos de nuestro estudio destacaremos de este Fuero tres características. La primera, que tiene pocas referencias a instituciones de Derecho Privado (11). La segunda, su extensión territorial que, como se ha dicho en un principio, alcanzaba más de la cuarta parte de lo que es hoy Guipúzcoa, extensión que se va a ampliar de manera importante a medida que se va a ir concediendo a otras poblaciones, todas ellas de la costa o próximas a ella, lo que va a suponer la extensión de una clase o tipo de ordenamiento jurídico que, además va a tener la característica de permitir, dado el sistema de creación del derecho que consagra, propio de la época, la autorregulación y su expansión jurídica y, en relación a esto, cabe destacar la tercera característica, que consiste en la facultad que se reconoce a los habitantes de San Sebastián de controlar, en cuanto a ellos pueda afectarles, a través del Concilium local, las actividades del merino del rey, cuando, siguiendo el texto de Banús, art. II, 7 (12), se hace expresa mención al marco y a la recaudación de las multas: «El merino del Reino no tiene caño de ningún hombre de San Sebastián, sino por acuerdo de doce buenos vecinos». Nos dirá Gautier Dalche (13) que se encuentra aquí una especie de control de las actividades de palacio, que es rara al norte del Duero.

Lo cierto es que el Fuero de San Sebastián, estaba dirigido a regular la vida de una población exótica, proveniente de Francia, Gascones. Sus disposiciones, como hemos visto, se remiten a Estella y a Jaca; es decir, que el Fuero no es producto de la formación de la costumbre de la tierra, sino que representa un elemento nuevo que, naturalmente no regulaba todas las situaciones jurídicas que la vida social planteaba, y estas situaciones quedaban reguladas por la costumbre local y territorial que se expresarán a través de las resoluciones que dicten los tribunales que cada Fuero preve o regula, como veremos más adelante y que tendrán una importancia decisiva para la formación del Derecho Territorial.

Por lo tanto, en las villas acogidas al Fuero de San Sebastián, y en todo el término de su jurisdicción, el Concilium local aplicará como norma de primer rango el Fuero de fundación, es decir, el Fuero de San Sebastián, y a falta de norma escrita será la costumbre la que regulará las situaciones jurídicas. En este sentido indica Lalinde (14), que el derecho supletorio de esta zona será el Fuero de Albedrio al producirse la incorporación al reino, de Castilla la Alta y Rioja, ya que en estos territorios estaban muy afectos al Fuero de Albedrio sistemas que inspirará su derecho, en principio.

Paralelamente a la instauración del ordenamiento, que implanta en parte de Guipúzcoa el Fuero de San Sebastián, se va a producir la entrada en la escena jurídica guipuzcoana del Fuero de Logroño y Vitoria. En 1.092 es repoblada Logroño por García Ordoñez, otorgándole en 1.095, Alfonso VI un texto que, en palabras de Martínez Marina, debe reputarse en cierto modo, por cuaderno legislativo de las villas y lugares de la Rioja y Provincias Vascongadas

(10) GOROSABEL PABLO DE. *Diccionario histórico geográfico descriptivo de los Pueblos, Valles, Partidos, Alcaldías, y Uniones de Guipúzcoa. Con un apéndice de las Cartas Pueblas y otros documentos importantes* (Tolosa 1.862).

(11) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *La Ordenación*.. Obra citada y la bibliografía que se cita.

(12) BANUS AGUIRRE J. Luis. *El Fuero*... Obra citada.

NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *El concepto del Derecho en el Fuero de San Sebastián*. En el Congreso: *El Fuero de San Sebastián y su época*. Donostiako Forua eta Bere Garaia. Eusko Ikaskuntza, Sociedad de Estudios Vascos. San Sebastián 1.982.

(13) GAUTIER DALCHE, Jean. *Historia Urbana de León y Castilla en la Edad Media. S.IX-XIII, Siglo XXI S.A.*, 1.979, pág. 255 y ss.

(14) LALINDE ABADIA JESUS. *Iniciación histórica al Derecho Español*. Barcelona 1.970, pág. 155 y ss.

(15). El Fuero de Logroño significa el paso de la villanía a la franqueza, igualándose todos los vecinos en la posesión de las tierras de dominio real. Este fuero pertenece al grupo de los fueros breves. Contiene algunas materias de derecho privado, pero no contiene disposiciones de derecho sucesorio a diferencia del de San Sebastián.

En 1.191 Sancho el Sabio de Navarra repobló Vitoria, dándole por idénticas o parecidas razones que hemos dicho antes, respecto de San Sebastián, un fuero derivado del de Logroño. Señala Lacarra que esta fórmula de Vitoria alcanzó éxito en el siglo XIII, y se va a ir extendiendo a otros lugares y concretamente por la zona interior de Guipúzcoa (16). Tolosa lo recibe el 23 de septiembre de 1.256 (17); Mondragón en 1.260 (18); Bergara en 1.258 (19); Villafranca de Guipúzcoa en 1.268 (20); Deva en 1.294 (21); Azpeitia en 1.315 (22); Elgueta en 1.335 (23); Villarreal en Guipúzcoa en 1.383 (24); Elgoibar recibirá en 1.346 el Fuero de Logroño (25).

Dice Lacarra que «los pueblos a quienes se otorgaba el Derecho de Vitoria se entendía que disfrutaban también del de Logroño, ya que aquel no era más que una reducción o variante de éste (26).

Al tratarse de un fuero breve, y no contener normas de derecho privado o ser estas insuficientes, se solicitará de la Corona su complemento y Alfonso X el Sabio concederá a los victorianos, a petición de éstos, como derecho supletorio de su Fuero, el Fuero Real, de tal manera que esta concesión afectará a todas aquellas villas que tenían como fuero el de Vitoria, si bien debe entenderse que esta modificación afectará tan sólo al derecho privado, al penal y al procesal de los lugares a los que se concede, pero no afectará al derecho público de la comarca, según señala García Gallo (27).

Por lo tanto a través de la concesión del Derecho de Vitoria en las poblaciones guipuzcoanas, en el siglo XIII y XIV se irá introduciendo el Fuero Real (28). Este cuaderno legislativo fue redactado entre 1.252 y 1.255 desconociéndose su redactor. No se promulgó con carácter general, sino para concederlo como fuero local a aquellas poblaciones que carecen de fuero propio, o tienen uno que no satisface plenamente a las circunstancias del momento, en dónde se otorgará con el carácter de supletorio (29). Con este último carácter, como se ha dicho, es otorgado a Vitoria y a las villas guipuzcoanas fundadas al Fuero de Vitoria, por lo que, en esta época y para estas villas tendrá el carácter de derecho local y supletorio.

Pero la geografía guipuzcoana a lo largo de los siglos XII a XIV se va poblando con villas, lo que significa que antes de que a las poblaciones se les otorgara el Fuero, existía allí un caserío o agrupación humana cuyo estatus jurídico-político vamos a tratar de examinar brevemente.

(15) NAVAJS LAPORTE ALVARO. La Ordenación.. Obra citada. pág. 36.

(16) LACARRA J. M. *Notas para la formación de la familia de Fueros Navarros* (AHDE 1933). ECHEGARAY BONIFACIO DE. *Eficacia de la Carta Puebla de Tolosa de 13 de septiembre de 1.256*, pág. 127-144.

(17) AGUD QUEROL MANUEL. *La Carta Puebla de Mondragón*. Bol. RSBAP XVII-22, 1.961, pág. 153-163. MARTINEZ DIEZ GONZALO: *Alava, Desarrollo de las villas y fueron municipales*. S. XII-XIV AHDE 1.971.

(18) CARRA J. M. *Notas*. Obra citada.

(19) LACARRA J. M. *Notas*. Obra citada. Gorosabel P. Diccionario.

(20) LACARRA J. M. *Notas*. Obra citada. Gorosabel. Diccionario. Obra citada

(21) LACARRA J. M. *Notas*. Obra citada. Gorosabel. Diccionario.. Obra citada.

(22) LACARRA J. M. *Notas*. Obra citada. Gorosabel. Diccionario... Obra citada.

(23) LACARRA J. M. *Notas*. Obra citada. Gorosabel. Diccionario... Obra citada.

(24) LACARRA J. M. *Notas*. Obra citada. Gorosabel. Diccionario... Obra citada.

(25) LACARRA J. M. *Notas*. Obra citada. Gorosabel. Diccionario... Obra citada.

(26) LACARRA J. M. *Notas*. Obra citada.

(27) GARCIA GALLO ALFONSO. *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid 1.964.

(28) LALINDE ABADIA JESUS. *Iniciación...* Obra citada. Pág. 156 y ss.

(29) SANCHEZ ROMAN FELIPE. *Estudios de Derecho Civil*. I. Madrid 1.889, pág. 279 y ss.

Como se ha dicho antes, el año 1.180, según Lacarra se produce la fundación de la villa de San Sebastián, y el año 1.461, Enrique IV de Castilla da el fuero de la villa donostiarra a Areria, lo que supone un lapso de tiempo de 281 años. Es decir que durante ese tiempo y de manera paulatina se va a ir produciendo el repliegue de la autoridad real, representada por los oficiales del rey, en favor de las autonomías municipales (30). La tierra llana que todavía aparece reseñada en el Cuaderno de Hermandad de 1.397 va siendo invadida por la jurisdicción de las villas integrándose en éstas, lo que significa que durante ese tiempo conviven en el territorio guipuzcoano dos ordenamientos jurídicos distintos, el de las poblaciones regidas por los oficiales del rey y por tanto sometidas de manera oficial a la jurisdicción real, afirmación ésta que debe hacerse con ciertas matizaciones, en cuanto que no cabe confundir jurisdicción con derecho y el que corresponde a las villas con sus dos diferentes planteamientos, Fuero de San Sebastián y Fuero de Vitoria, pero todos ellos con un derecho supletorio común, el Fuero Real.

En una primera época Guipúzcoa estaba integrada bajo la jurisdicción del Adelantado Mayor de Castilla. Con Alfonso X, en 1.243 aparece el primer Adelantado Mayor de Guipúzcoa, Diego Lopez de Salcedo (1253-1265). Más adelante aparecen como merinos mayores de Guipúzcoa, García Lopez de Ayala, en 1.473; Pedro Manrique 1.366; Pedro Lopez de Ayala 1.389; 1.437, 1.454, Fernan Perez de Ayala 1.411.

Hasta 1.272 no se tienen noticias de los oficiales que dirigen la Administración Territorial de Guipúzcoa, ni tampoco se sabe en esa fecha si el Merino u oficial del rey era privativo de Guipúzcoa o común a Alava, y Guipúzcoa como titular de la Merindad «allende del Ebro». Sin embargo, ya en 1.272 sabemos que Alava y Guipúzcoa se constituyen en «adelantamiento mayor», dependiendo directamente del rey, siendo su titular Diego Lopez de Salcedo. Dos años más tarde, en 1.284 desaparece ese adelantamiento mayor de Guipúzcoa, restaurándose lo que parece era la situación anterior, encontrándose en la documentación de la época referente a Guipúzcoa, que la jurisdicción en la tierra o merindad de Guipúzcoa corresponde al adelantado Mayor de Castilla, Sancho Sanchez de Velasco (1.302-1.311), siendo sustituido con Alfonso XI, por el Merino Mayor Garcilaso de la Vega.

Nuevamente en 1.317 y 1.319 Guipúzcoa constituirá una merindad propia entregada a Gomez Gamello, pero otra vez, en 1.319 la justicia de Guipúzcoa, aparece encomendada a don Juan, hijo del infante don Juan y tutor del Rey, quien confía el ejercicio de esa justicia a don Juan Sanchez de Salcedo, con el título de justicia, volviéndose, con la mayoría de Alfonso XI, a la estructura del merindazgo mayor de Castilla, que se vuelve a extender hasta el Bidasoa.

La Constitución definitiva del merindazgo Mayor de Guipúzcoa aparece en 1.385 y será Ladron Velez de Guevara quien ostentará el título de Merino Mayor de Guipúzcoa, independizándose por tanto, a partir de entonces Guipúzcoa como merindad sin interrupción alguna.

Interesa resaltar aquí que la jurisdicción de los merinos se extiende sobre toda la Tierra de Guipúzcoa, con la excepción de los términos correspondientes a las villas, donde la jurisdicción correspondía a las autoridades municipales, de tal forma que, a medida que se van fundando más villas va decreciendo el ámbito territorial de jurisdicción del Merino hasta que, a finales del siglo XIV, el Merino no tendrá término donde ejercer jurisdicción, situación que se inicia en 1.344 cuando se empieza a extender el estatuto jurídico de las villas a las zonas comarcales y se consolida en 1.397, fecha en la que se puede considerar que las 24 villas y Oñate cubren la totalidad de la jurisdicción de la Provincia, y culmina con la definitiva integración, en 1.461, de Areria en la Provincia, a petición de las Juntas Generales de la misma. En

(30) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *Aproximación a las instituciones jurídicas guipuzcoanas*. S. XII a XVIII, Bol. RSBAP año XXXVIII, San Sebastián 1.982.

aquella fecha las juntas de la provincia solicitan del Rey la concesión a Arería del derecho a integrarse a las juntas de manera definitiva, según se puede leer en el privilegio de fundación de la alcadía de Arería, en donde el Rey hace constar que: «Los procuradores de muchas villas de Guipúzcoa reunidos en Junta General en Vergara acordaron solicitar del Rey que Arería que acudía con su representación desde tiempo inmemorial a dicha junta, a integrarse de manera definitiva en la misma.»

Por lo tanto desde la primera fundación en 1.180 hasta la definitiva integración de la Alcadía de Arería en 1.461 a la Provincia, concurren o existen en Guipúzcoa dos diferentes jurisdicciones, de las villas y de la tierra llana. La Tierra Llana, según el sistema de la época no tiene un derecho particular recogido. La jurisdicción la ejercen los oficiales del Rey y estos aplicarán el derecho de la tierra y en lo que éste no establezca, aplicarán el Derecho real.

Coexiste por tanto en ésta época, tres diferentes ordenamientos el que surge del Fuero de San Sebastián, el que surge del Fuero de Logroño-Vitoria y el que es propio de la tierra, si bien esos ordenamientos van a pertenecer a dos sistemas distintos de creación del derecho.

Ahora bien, existiendo tres ordenamientos distintos, sin embargo el sustrato general de todos ellos es el mismo, el derecho de la tierra, en cuanto se refiere al derecho civil, será el derecho originario. Ya hemos dicho que el Fuero de San Sebastián contiene muy pocas disposiciones de derecho privado, que el contenido del Fuero de Logroño en esa materia es prácticamente inexistente, por lo que no existiendo en un primer momento norma de derecho civil que regulara la situación de los moradores de las villas ni de la Tierra Llana, el derecho civil que se aplicará, el que servirá para regular las relaciones civiles y por tanto los conflictos civiles que vayan surgiendo será el derecho consuetudinario, bien sea el existente o el que se vaya creando a través de las resoluciones del Concilio de cada villa o el que surja de las resoluciones de los oficiales del Rey en la Tierra Llana, oficiales que en un principio aplicarán, a falta de norma del Derecho Real escrito, el derecho de la tierra.

Sin embargo la entrada en escena del Fuero Real como derecho supletorio o complementario del Fuero de Logroño-Vitoria va a producir el efecto de desplazar de manera paulatina al derecho consuetudinario, creándose una situación de progresiva aculturización jurídica (31), es decir, no sólo de desplazamiento del derecho no escrito por parte del derecho escrito, sino de su implantación, sin arraigo en un medio cultural que no le es propio. La supervivencia en Guipúzcoa, a pesar de ese fenómeno aculturizador de manifestaciones consuetudinarias que ha pervivido hasta nuestros días, es un ejemplo palpable.

Pero hemos dicho, además que, a pesar de que coexisten tres diferentes ordenamientos en esta época anterior al Ordenamiento de Alcalá de 1.348, coexisten dos sistemas de creación del derecho diferentes, al menos en el plano oficial, en cuanto que, y ello lo desarrollaremos más adelante, en esa época la característica fundamental de la fijación del derecho, en el antiguo Derecho Castellano, Navarro y Aragonés, durante los siglos VIII al XIII, hoy nos son claramente conocidos, después de las aportaciones de Galo Sanchez, Lacarra, Lalinde y Perez Prendes (32) y esta característica fundamental está en la carencia de leyes con valor territorial y en el valor predominante, según Perez Prendes (33) de la intervención de la comuni-

(31) PAPACHRISTOS A. C. *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*. Paris 1.975.

CARBONIER JEAN. *Sociología Jurídica*. Tecnos. Madrid 1977.

(32) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *Aproximación a las instituciones*. y las obras citadas.

(33) PEREZ PRENDES y MUNOZ DE ARRAUJO J. M. *Derecho y Comunidad desde el ángulo histórico*. Rv. Universidad de Madrid V. XIII, n. 46, 1.963.

dad a través del Concilium o asamblea judicial en la creación del derecho, así cómo en la falta de redacciones extensas y completas del derecho local.

A lo largo del proceso que hemos visto desarrollarse hemos podido observar, cómo precisamente el territorio sometido a la autoridad de los oficiales del Rey, cuya función era principalmente judicial (34), va decreciendo en favor de la extensión de la jurisdicción de las villas y por tanto, podría decirse, en favor del derecho originario, si bien nos encontramos que a la vez que va produciendo ese retroceso de la jurisdicción de los oficiales del Rey, éste va a ir introduciendo el derecho real como sustrato jurídico del derecho de las villas produciendo el paulatino desplazamiento del derecho originario, de tal forma que el Concilium, al crear el derecho podrá eso sí, basarse en el precedente o en la costumbre, pero ya tiene como punto de referencia a la norma escrita, que como tal es más fácil de ser conocida, introduciéndose de esa forma el derecho real, que irá desplazando el derecho originario local y creando un nexo de unificación jurídica en todo el territorio. De todas formas éste proceso de aculturización, por un lado, y de igualación y homogeneización por otro, no se produce de una sola vez, sino de manera lenta, y si en un principio la mano de la Corona va apareciendo de manera cauta, dando su derecho como subsidiario o complementario, en el siglo XIV la intención se verá de manera clara con el Ordenamiento de Alcalá de 1.348.

3. Desde el Ordenamiento de Alcalá de 1.348 hasta la unificación jurídica formal de la Provincia de Guipúzcoa

Según Galo Sanchez (35) el año 1.348 fue aprobado en las Cortes de Alcalá de Henares, presidida por Pedro I, el Ordenamiento de Alcalá. Este texto legal supone un giro de ciento ochenta grados en la acción política castellana (36), en cuanto que a éste texto legal se le va a dar el carácter de norma general aplicable en todo el Reino. De ésta forma se produce una variación sustancial en la política legislativa, pues como se ha visto, hasta ese momento, los reyes no legislaban con carácter general, sino de manera particular. El Ordenamiento en cuestión supone principalmente un cambio en el orden de prelación de las fuentes del derecho. Así, en el libro I, título XXVIII, se establece que la fuente primera del derecho en Castilla, en que está integrado Guipúzcoa, será el Ordenamiento de Alcalá, y lo que por él no se pudiera resolver: «que se libre por los Fueros; et lo que por los Fueros non se puidiere librar, que se libre por las Partidas». La ley II, título XXVIII, ordena que las leyes de éste libro «deven ser guardadas en todos los Reinos e tierras del sennorio del Rey; et que los deven facer guardar cada uno en las villas e lugares do han sennorio, et como las penas pertenecen al sennor en su lugar» (37).

Por lo tanto se introducen dos importantes novedades que varían de manera sustancial el ordenamiento jurídico existente hasta ese momento. La primera, ya apuntada, establecida a través de una normativa de carácter general, consistente en el establecimiento de las bases para la unificación jurídica. El Ordenamiento de Alcalá, será una norma de carácter general aplicable en todo el reino. Si bien se respetan los fueros municipales, estos pasan a ser norma de segundo grado completados por el Fuero Real y las Partidas, como normas de tercer grado. La segunda consecuencia de igual trascendencia, será la de la unificación de la jurisdic-

(34) HAYEK FRIEDERICH A. *Derecho, legislación y libertad*. V. I. *Normas y orden*. Unión Editorial. Madrid 1.978, pág. 135 y ss nota 2 y la bibliografía que cita.

(35) SANCHEZ GALO. *Sobre el ordenamiento de Alcalá de 1.348 y sus fuentes* R. D. P. 1.922 pág. 353 y SS.

(36) SANCHEZ GALO. *Sobre el ordenamiento...* Obra citada.

(37) SANCHEZ GALO. Obra citada.

NAVAJAS LAPORTE Alvaro. *La ordenación...* Obra citada, pág. 41 a 54.

ción cuando dice: «et como las penas pertenecen al sennor en su lugar», de tal manera que de esta forma se modifica sustancialmente el sistema de aplicación del derecho en cuanto que, el Rey, bien directamente, o, a través de sus oficiales, serán los que apliquen el derecho. Con ello se culmina la política de atracción al Rey de la jurisdicción iniciada por Alfonso XI (38).

Hasta ese momento y en lo que se refiere a la jurisdicción establecida en los Fueros Municipales de las villas guipuzcoanas, eran los tribunales de las villas los que aplicaban el derecho, bien directamente, bien en apelación, concretamente en las villas fundadas al Fuero de San Sebastián, las apelaciones de las resoluciones dictadas por el Concilium municipal, se veían ante el Concilium donostiarra (39). Desde este momento las apelaciones se verán ante el Tribunal del Rey. Ello tiene especial trascendencia ya que, lógicamente, los tribunales del Rey formados en las universidades romanizadas, aplicarán el derecho erudito, el Fuero Real, y las Partidas, teniendo en cuenta además, la escasez de normas de derecho privado de los Fueros Municipales. Cuando en éstos no se encuentre norma expresa que regule la situación que se enjuicia, se aplicará el Derecho Real que pasa a ser común. Por lo tanto el inicio de la unificación jurídica en Castilla se va a ir produciendo desde dos órdenes distintos. Por un lado, por vía normativa, el Ordenamiento de Alcalá. Por otro por vía de aplicación del derecho, a través de las sentencias que dicte el Tribunal del Rey que aplicará los Fueros Municipales cuando estos contengan norma expresa que regule el caso, que será la situación menos frecuente, y en defecto de norma municipal, se aplicará el Fuero Real y Las Partidas.

A ello debe unirse el hecho de que escribanos y abogados utilizarán en la práctica forense y notarial el derecho erudito, el Fuero Real y Las Partidas, según se desprende del análisis de los protocolos guipuzcoanos (40).

Por otra parte y para evitar cualquier duda sobre la aplicación de este ordenamiento en Guipúzcoa, la ley VII, del título XX se refiere de manera concreta al cumplimiento por parte de los adelantados y Merinos Mayores de Castilla, León, Galicia, Asturias, Alava y Guipúzcoa, de determinadas disposiciones a los mismos (41).

Por lo tanto, la aparición en la escena jurídica de este ordenamiento produce, de forma definitiva, la unificación formal de los ordenamientos jurídicos existentes en Guipúzcoa así como el cambio de orden en la prelación de las fuentes del Derecho. Los Fueros o normas locales, la costumbre, dejan paso al Ordenamiento y se mantienen en segundo lugar juntamente con el Fuero Real, que se equipara a las normas locales, ya que fue otorgada como tal, según se expresa la Ley I, título XXVIII. En tercer lugar estarán Las Partidas (42).

En su consecuencia, desde esa fecha, el Fuero Real, los Fueros Municipales, es decir, la normativa local, tendrán el carácter general de fuente supletoria o de segundo grado, en la comarca donde se aplican. En defecto de normas del Ordenamiento de Alcalá, tendrán en dicha comarca el carácter de norma supletoria de primer grado (43).

Pero no hay que olvidar otro efecto sustancial. Hasta ese momento el derecho era esencialmente un derecho producido por las resoluciones judiciales. Los reyes no han legislado con el

(38) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *Aproximación a las instituciones*.. Obra citada, y *aproximación a la Historia de la formación del Derecho Territorial del País Vasco*. Eusko Ikaskuntza. Sociedad de Estudios Vascos 1.984.

(39) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *El concepto de/ Derecho*. Obra citada y *Aproximación a las instituciones*., Obra citada.

(40) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *La ordenación*.. Obra citada.

(41) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *La ordenación*., Obra citada.

(42) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *La ordenación*. Obra citada.

(43) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *La ordenación*. Obra citada.

caracter general, y el derecho era creación fundamentalmente de los jueces. No existía, en la Guipúzcoa municipal, una vinculación de la jurisdicción local a la real, a diferencia de la existente en la Tierra Llana. El Concilium municipal de San Sebastián era la segunda instancia en las apelaciones de las resoluciones dictadas en los municipios fundados conforme a dicho Fuero. Desde ese momento hay una unidad de jurisdicción y serán los oficiales del Rey los que verán las apelaciones, en todo caso. Es el inicio del cierre del círculo de la unificación jurídica. Desde ese momento habrá una legislación general y una sola jurisdicción para todo el reino (44).

Ahora bien no hay que olvidar que la recepción es un método legislativo que se dirige a la reforma del sistema jurídico existente (45). La primera conclusión que se extrae del examen de los fenómenos de la recepción, dice Papachristos (46) es la constatación del papel orgánico que el derecho recibido asume en el seno del medio social receptor. La recepción no resulta ni de una tendencia natural de los derechos a reconciliarse, ni de la voluntad de un cuerpo social a imitar el modelo jurídico extraño. Las causas de la recepción se encuentran en el medio receptor (47). Las transformaciones socioeconómicas que han tenido lugar en este medio hacen necesario el cambio del derecho existente; por consecuencia, es la voluntad de introducir un sistema jurídico probado, dirigido a reemplazar las estructuras jurídicas preexistentes, lo que explica la recepción (48).

Según estas ideas la recepción del derecho nuevo y foráneo con el progresivo desplazamiento del derecho hasta entonces existente, es no sólo producto de un cambio de la superestructura jurídica impuesta desde los entes políticos del poder, sino que ese cambio cualitativo está determinado, a su vez por las transformaciones de la infraestructura económica y social, correspondiendo a un estado más avanzado de las condiciones socioeconómicas.

Resulta evidente, utilizando las modernas aportaciones metodológicas de la sociología jurídica, que a la hora de producirse el fenómeno que venimos estudiando, no puede ignorarse los condicionamientos socioeconómicos existentes en el territorio guipuzcoano si queremos una respuesta coherente a las situaciones que, en ésta época, se manifestaran en Guipúzcoa. Porque hasta ahora hemos explicado de manera lineal el proceso de modificación paulatina de la superestructura jurídico-política que se está produciendo en el medio en el que la recepción del derecho real romanizado se introduce con el progresivo desplazamiento del derecho originario o preexistente. Sin embargo, hay un hecho históricamente constatado, como es el de la existencia, en esta época de una clara convulsión social y económica en lo que luego será la Provincia de Guipúzcoa. La historia nos enseña que no hay convulsiones sociales casuales, sino que estas son causales. ¿Cuál es la causa de la profunda convulsión social que se padeció en Guipúzcoa en ésta época?. Quizá una de las causas que lo explique puede encontrarse en la confrontación entre derecho viejo y derecho nuevo. Lo cierto es que la recepción del derecho nuevo, la progresiva extensión de la superestructura jurídico-política de su influencia en la transformación de la estructura socioeconómica no es recibida de manera pacífica. Las luchas de bandos, si bien se manifiestan, en un primer momento, en una confrontación villas-tierra llana, luego se trasladan al interior de las villas (49). En este último estadio la superestructura jurídico-política Real se ha establecido, pero ello no quiere de-

(44) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *Aproximación a la Historia de la formación del Derecho Territorial del País Vasco*. Obra citada.

(45) PAPACHRISTOS. Obra citada.

(46) PAPACHRISTOS. Obra citada.

(47) PAPACHRISTOS. Obra citada.

(48) PAPACHRISTOS. Obra citada.

(49) CARO BAROJA JULIO. *Vasconiana. Estudios Vascos III*. Editorial Txertoa. San Sebastián 1.974, pág. 51.

cir que haya sido pacíficamente aceptada. Se tardarán varios siglos para que esa implantación del derecho nuevo, esa recepción del derecho foráneo produzca la casi total aculturización. Será necesaria una solución que en Guipúzcoa se expresa con el total desplazamiento oficial del derecho viejo aunque éste siga, de hecho, subsistente en determinados «nichos» o zonas donde la infraestructura socioeconómica mantenga la vieja y secular composición o forma. El período más agudo de confrontación y resistencia, que se desarrolló entre los años 1.397 a 1.583, coincide con el de la formación institucional de la Provincia y con ello el de la transformación radical de la superestructura jurídico-política, la recepción total del derecho nuevo, el desplazamiento oficial del derecho viejo del que quedarán unos restos cuya supervivencia, dentro de un sistema que le será ajeno, sólo será posible mediante una adaptación traumática con la pérdida de su esencia. Sin embargo todavía y cuando ya la Provincia está constituida y, por tanto, la nueva superestructura consolidada, se producirán algunas reacciones para tratar de hacer viable, por vía de transacción, la compatibilidad del derecho nuevo y el viejo, sin que ello sea alcanzado, con la pérdida de sustancia de éste último que tratará de sobrevivir mediante la adaptación a la nueva realidad superestructural. Por lo tanto mientras que el derecho nuevo se impone por la casi general existencia de las condiciones idóneas en el medio receptor, es lo cierto que este medio no es homogéneo en su totalidad, en cuanto que existirán parcelas del mismo en las que las condiciones socioeconómicas son ajenas al modelo jurídico que se ha impuesto. Uno y otro responde a un distinto espíritu y a unas diferentes necesidades sociales y distintas concepciones de la vida (50).

Se ha venido afirmado, no sin razón, que el conflicto y confrontación en que vive Guipúzcoa durante doscientos largos años es un conflicto social (51), pero me parece que su significación es más amplia, en cuanto que tiene una significación esencialmente política. Conviene, sin embargo, para entender el alcance que damos al termino político, el clarificar el concepto desde una posición científica. Indica Freund (52) que política y sociedad no se sitúan sobre un mismo plano, es decir, que su relación con respecto del hombre es diferente. La política es una esencia y como tal da lugar a una actitud específica indefinida. Druon pone en boca de Felipe el Hermoso esta frase que resume la esencia de la política: gobernar es una obra sin final (53). Y por otra parte indica Freund (54) la sociedad, al contrario es una condición esencial que impone al hombre, como todo medio, una limitación.

La sociedad en sentido general, es el dato de la política, en cuanto que es la materia, a la que la actividad política da una forma y, en sentido particular, en cuanto que toda teoría política parte del estado históricamente dado de la sociedad para elevarse bien a una unión más general de la política, para encontrar los motivos de transformar la sociedad. Por ello, dice Freund (55) toda acción política concreta, de un hombre político, consiste en preservar o modificar el estado de la sociedad que le es históricamente dado y a la cual pertenece.

Desde este punto de vista el confito existente en Guipúzcoa es más que social, político, y es, en cierta medida el enfrentamiento entre dos concepciones diferentes de la sociedad

(50) PAPACHRISTOS. Obra citada.

(51) FERNANDEZ DE PINEDO E. *Lucha de bandos o conflicto social? La Sociedad Vasca rural y urbana en el marco de la crisis de los S. XIV y XV* Bilbao. Publicaciones de la Excma. Diputación Provincial de Vizcaya. 1.975.
AROCENA IGNACIO. *Los Banderizos Vascos*. Bol. RSBAP. XXV. 1.965.

FERNANDEZ ALBADALEJO PABLO, *La crisis del antiguo regimen en Guipúzcoa 1.766-1.833, cambio económico e histórico*. Alkar. Madrid. 1.975.

(52) FREUND J. *L'Essence du politique*. Sirey. Paris 1.986.

(53) DRUON MAURICE. *El Rey de Hierro*. Los Reyes Malditos. Javier Vergara Editores. Buenos Aires.

(54) FREUND J. *L'essence...* Obra citada.

(55) FREUND J. *L'essence...* Obra citada

política. Por un lado la de aquellos que, apoyados por la Corona tratan de imponer el nuevo orden basado en el derecho real, tratando de homogeneizar a la sociedad y de otro el de los que tratan de resistir ese ámbito y quieren mantener un tipo de sociedad ajeno al derecho que se trata de imponer. Aquí el derecho será un instrumento de la política que tratará de homogeneizar a la sociedad, empeño que si bien se logra desde el punto de vista de la superestructura, no se alcanza en su totalidad. Efectivamente, la Provincia se consolida y como instrumento de la corona logra la pacificación del territorio obteniendo, a cambio el reconocimiento por parte de la Corona, principalmente por Enrique IV de Castilla, un status de máxima autonomía, con poderes propios y compartidos con la Corona (56). Si bien la Provincia (57) se va constituir en un cuerpo intermedio entre el soberano y los guipuzcoanos con unos poderes amplios, la Corona, salvo en casos tasados y excepcionales, va a mantener el control de la jurisdicción, la fiscalización de la actuación política de la Provincia. La figura del Corregidor será la manifestación permanente de la presencia de la soberanía de la Corona en la Provincia. Pero el efecto fundamental para el objeto de nuestro estudio está en que en materia de derecho civil el derecho real se extiende como derecho formal a lo largo y a lo ancho del territorio provincial. Cuando la situación se estabiliza y se establece el equilibrio, los ánimos se seren y se quiere reaccionar es tarde. Los sucesivos cuadernos de Hermandad y la recopilación foral de los Fueros 1.696 (58) no recogerán la aspiración de los guipuzcoanos de tener un particular derecho privado o civil en la Provincia, aspiración manifestada principalmente a partir del siglo XVII por las Juntas Generales (59).

En la Provincia de Guipúzcoa regirá formalmente la Ley General Civil del Reino, pero en aquellas zonas donde la recepción se ha producido con hostilidad por no responder el derecho recibido a la esencia de la sociedad a la que trata de homogeneizar se manifiesta una clara resistencia material. Pero la realidad es que el derecho viejo se va a ver obligado a sobrevivir utilizando el ropaje del derecho oficial y formal, lo que al obligarle a la consiguiente adaptación conceptual, va a ir perdiendo sustancia y sufre una transformación, que se manifestará cada vez que se produzca un cambio en la legislación oficial, viéndose obligado a adaptarse a las formas y conceptos de ésta. La costumbre guipuzcoana en el ámbito civil, manifestada a partir de la Edad Moderna, principalmente en el ámbito rural, ha dejado de ser derecho para convertirse en uso, en orden consuetudinario, que se mantiene vivo, incluso cuando entra en vigor el Código Civil de 1.889. Sin embargo esa costumbre irá perdiendo sustancia con la profunda transformación que va a sufrir la sociedad guipuzcoana con la entrada en escena de la industrialización. Ya, cuando la Diputación Provincial de Guipúzcoa intenta, en el decenio 1.920-1.930, el institucionalizar lo que queda de la expresión del viejo derecho, lo va a tratar de hacer desde otra perspectiva distinta a la secular, tratando de adaptarlo a la nueva realidad socioeconómica que empieza a florecer, Pero el anteproyecto es mal entendido o quizá es, para el momento, más avanzado o progresista, y una vez más se fracasa en el intento de institucionalización del derecho civil originario guipuzcoano (60), y la elevación al rango de ordenamiento jurídico formal el que rige como material, en núcleos o nichos del territorio guipuzcoano.

(56) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *Aproximación a las instituciones jurídicas..* Obra citada

(57) MARAVAL JOSE ANTONIO. *El concepto de España en la Edad Media.*

(58) GOROSABEL P. de. *Noticia de las cosas memorables de Guipúzcoa (Descripción de la Provincia y sus habitantes, expresión de las Instituciones, Fueros, Privilegios, Ordenanzas, Leyes. Reseña del Gobierno Civil, eclesiástico y militar; idea de la administración de justicia.* Bilbao 1.967.

(59) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *La ordenación..* Obra citada.

(60) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *La Diputación de Guipúzcoa y el Derecho Civil. Conferencia pronunciada en el Ateneo de San Sebastián el 27 de enero e 1.984.*

Nuevamente la cuestión vuelve a plantearse con la redacción que el Estatuto de Autonomía de 1.979 da a la competencia de la Comunidad Autónoma Vasca en materia de derecho civil, en su artículo 10.5 que permite la institucionalización de la costumbre civil guipuzcoana y la recuperación del sistema de fuentes del derecho que pueden entenderse propias.

4. Las institucionalización de los dos ordenamientos vigentes en el Territorio Histórico de Guipúzcoa

La entrada en vigor de la Constitución Española de 1.978, la consagración realizada por la Disposición Adicional Primera de la misma, en relación con el amparo y respeto a los Derechos de los Territorios Históricos Vascos, ha tenido como consecuencia el reconocimiento a nivel constitucional de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma Vasca para la conservación, modificación y desarrollo de su derecho civil, así como la del establecimiento de su propio orden de prelación de las fuentes del derecho según reza el art. 149.1.8 de la C.E., competencia que se encuentra en el art. 10.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, cuando dice: «La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias..., conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario, propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco, y la fijación del ámbito territorial de su vigencia».

La primera cuestión se centra en la de las Fuentes, en dónde la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia, por reconocerlo así el art. 149.1.8. de la C.E., para asumir su propio sistema, que puede ser distinto del establecido en el art. 1 del Título Preliminar del Código Civil español, en la redacción dada al mismo por Decreto 1.836/74 de 31 de mayo, lo que permite a la Comunidad Autónoma del País Vasco el asumir su propio y particular sistema de fuentes de producción del Derecho.

Se plantean otras cuestiones de menor interés, como pueden ser, el sujeto activo que debe desarrollar o definir esa competencia, que parece, en principio, debe o puede ser el Parlamento Vasco. Pero ello no está exento de dificultades, o la referente al ámbito territorial de la actualización, lo que exigirá importantes esfuerzos de actividad desplegados al conocimiento de la realidad socioeconómica de cada territorio para lo que el jurista tendrá que obtener la ayuda de otras disciplinas (61).

Pero al margen de éstas últimas cuestiones y al objeto de no desviarnos del estudio propuesto, debemos centrar nuestro esfuerzo hoy y aquí, en la cuestión fundamental de las fuentes.

Después de lo que se ha dicho hasta aquí, se comprenderá la importancia que supone el hecho del reconocimiento normativo de la recepción por parte del legislador o legisladores del País Vasco de la cuestión referente a las fuentes. Esta, según hemos explicado a lo largo de este trabajo fue punto fundamental en la política legislativa. La Corona primero, luego los Codificadores del siglo XIX, entendieron que no se logrará la unificación jurídica y política, si no había uniformidad en todo el territorio nacional en la unificación de las fuentes del derecho.

En la Constitución de 1.978, y el Estatuto de Autonomía de 1.979, se produce para el legislador vasco la recuperación de la competencia para poder establecer el propio y particular sistema de fuentes del Derecho, lo que supone, y así ha sido reconocido por la doctrina, un punto de inflexión máximo en el sistema del ordenamiento jurídico español, de tal forma que se rompe la homogeneidad en la regulación de las fuentes del Derecho, pudiendo darse la

(61) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *La Actualización del Derecho Civil Vizcaino: una reflexión y un reto*, Rv. del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya. Nov-Dic. 1.986, n. 33.

paradoja, dice Arechederra (62), que un territorio sometido durante siglos al derecho civil común, hoy salga de esa regulación no sólo para establecer un nuevo y distinto sistema, sino incluso separarse del general, creando uno nuevo y distinto, en cuanto que puede establecer su propia regulación y prelación de fuentes del Derecho, con todo el contenido político que ello comporta. En suma, se produce una ruptura normativamente reconocida.

Esta nueva regulación que permite el establecimiento, al legislador vasco, del propio orden de prelación de las fuentes, permite por tanto, así mismo, el establecimiento de un propio sistema distinto del general del Reino, para el País Vasco. Ello tiene importancia decisiva, en cuanto que, combinados los dos bloques competenciales que se reciben, supone, de entrada el reconocimiento de la existencia, hasta este momento, de dos ordenamientos vigentes, concretamente en Guipúzcoa, el del Código Civil, y el de la ordenación consuetudinaria que el legislador, una vez que ha sido reconocida su existencia, puede elevarla a la categoría de normativa. Es decir, se reconoce y recoge el hecho de la existencia de una ordenación consuetudinaria contra legem, que hasta el momento de la aprobación de la Constitución y el Estatuto, solamente era admitida su existencia, y a la que la jurisprudencia venía negando validez y rechazando sus consecuencias. Desde este momento es reconocido por la propia Constitución y por el Estatuto, con el mandato expreso de su actualización y normalización.

Por lo tanto hay que distinguir en este estadio, dos momentos claramente definidos:

a) La Constitución y el Estatuto reconocen la existencia de un derecho consuetudinario y por lo tanto, lo que vienen a decir es que hay dos ordenamientos que se entienden, son contrapuestos, contradictorios, pues de otro lado la costumbre, cuya existencia se reconoce, lo es por no ser acorde con el ordenamiento hasta entonces vigente. Este es el primer paso.

b) Un segundo momento es el de la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho Civil Foral Consuetudinario, que es lo que en estos momentos estamos pendientes que sea abordado por el legislador o legisladores vascos.

Mientras esta decisión legislativa no se culmine, seguirán vigentes en Guipúzcoa dos ordenamientos, uno el General del Reino, representado por el Código Civil, y otro el Consuetudinario, representado por la costumbre contra legem, que choca con el anterior, pero que por ello, y a pesar de no estar admitido por los tribunales, no deja de ser aplicado de una u otra forma, tal y como en su día fue explicado y desarrollado en mi trabajo: «La ordenación consuetudinaria del caserio en Guipúzcoa», y ratifica Arechederra en su reciente artículo «Testar a la Navarra».

(62) ARECHEDERRA ARANZADI L. I. Testar a la Navarra, Obra citada

LA REPRESENTACION TERRITORIAL DE LOS TERRITORIOS HISTORICOS EN LA COMUNIDAD AUTONOMA. UNA DIGRESION SOBRE EL ARTICULO 39 DEL ESTATUTO

LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD SOBRE LOS DERECHOS HISTORICOS

Jornadas de estudios sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos. Bilbao, 1988.

En el Título II del Estatuto se articulan los poderes del País Vasco. Entre estos poderes, se encuentran los Territorios Forales de los Territorios Históricos.

El Estatuto de Autonomía, a la hora de articular los poderes del País Vasco, y al referirse a los Territorios Históricos tiene una cierta ambigüedad que creo fue intencionada. Incluso, puede decirse que en el momento de redactarse el Estatuto, se buscó cierta indefinición o más bien se llegó a una solución provisional, dejando para más tarde la definición definitiva.

Para lograr esa definición existen dos condicionantes. El primero, el expresado en la disposición adicional de la Constitución que hace referencia al amparo y respeto de los Derechos de los Territorios Históricos.

El segundo, el condicionamiento del diferente proyecto político de las diferentes fuerzas políticas que actuaban y actúan en el País Vasco. La disposición adicional primera del Estatuto es un claro ejemplo.

Mientras que la Disposición adicional primera de la Constitución establece el principio de la garantía institucional de los Territorios Históricos, como una extensión del art. 137 de la Constitución y, por tanto, dota a éstos de un núcleo de poder amplio, mayor que la autonomía provincial, la disposición adicional primera del Estatuto pone el acento en el Pueblo Vasco, no ya en sus instituciones que en virtud de su historia podrían haber sido distintas de las actuales.

Por razones de brevedad que la naturaleza de una comunicación imponen, no voy a entrar en el comentario de esta disposición adicional del Estatuto, que entiendo es de gran importancia, en cuanto que expresa un proyecto político definido. ¿Es una cláusula de reserva de carácter testimonial? Cualquiera que sea la interpretación, lo cierto es que está ahí y es una advertencia de la existencia de un proyecto político concreto.

Con posterioridad a la aprobación del Estatuto se ha publicado la Ley de Territorios Históricos, en la que se establece la distribución de competencias entre los diferentes poderes del País Vasco. De ello cabe destacar el art. 6. En su párrafo primero establece la cláusula residual en favor de las Instituciones Comunes. Como se sabe en pura técnica jurídica constitucional, la cláusula residual revela el grado de autonomía que se reconoce a los territorios llamados autonómicos. En la Constitución está expresado en el art. 149-3. Pero fundamentalmente me parece importante lo establecido en el art. 6-2 de la Ley de Territorios Históricos:

«En todo caso, la facultad de dictar normas con rango de ley corresponde en exclusiva al Parlamento».

Se plantean aquí al jurista algunos interrogantes, teniendo en cuenta la triple naturaleza —no es broma—, de los Territorios Históricos, como entes del Estado, como entes de la Comunidad Autónoma y como entes con personalidad propia. Por ejemplo, ¿cuál es la naturaleza jurídica de las normas forales teniendo en cuenta que conforme al art. 6-2 de la L.T.H. corresponde al Parlamento Vasco con carácter exclusivo la facultad de dictar normas con rango de ley?

Pero olvidemos esta cuestión y entremos sobre el objeto de comunicación.

La Comunidad Autónoma queda articulada en unas instituciones comunes y unas particulares. El Parlamento Vasco es una institución común, pero en él no están directamente representados los Territorios Históricos, El Estatuto de Autonomía, en el art. 26 y la Ley Electoral Vasca de 1983, en los arts. 8 y 9, establece el Territorio Histórico como distrito electoral y son los partidos y asociaciones políticas los que concurren a las elecciones. Es, por tanto, que de manera indirecta, en principio, los Territorios Históricos participan en la toma de decisiones de la Comunidad Autónoma.

Pero suponiendo que puedan surgir conflictos de competencias se han establecido unos organismos encargados de resolverlos, La Comisión Arbitral del art. 39 del Estatuto, la Comisión Mixta del art. 41-2-c para el señalamiento de los cupos. El art. 28 de la L.T.H. establece el Consejo Vasco de Finanzas Públicas que es desarrollado en el art. 28 una de cuyas normas es el determinar la distribución de los recursos o aportaciones de los Territorios Históricos a la Hacienda General de la Comunidad.

Puede decirse que no hay una articulación territorial, no hay una institución común territorial que represente a los territorios. La Comisión Arbitral es un órgano delegado de los diferentes Gobiernos, no de los Territorios como entes.

Por otra parte y tal y como se está desarrollando en la práctica la actividad política administrativa de la Comunidad, parece inferirse que existe un debilitamiento del poder central que queda al albur del diferente proyecto de los partidos políticos dominantes y si hay un equilibrio entre los partidos la posibilidad de una paralización de la vida de las Instituciones Comunes. Si por tanto puede existir una preocupación sobre el debilitamiento de los poderes de las Instituciones Comunes, puede existir la preocupación de la limitación del poder del gobierno como tal gobierno.

Esta cuestión no es nueva y se planteó en los Estados Unidos de Norteamérica. Fue Madison el que expresó «la idea de que salvaguardar adecuadamente los derechos privados de los Estados y que a la vez el gobierno nacional poseyera poderes adecuados constituía idéntico problema, habida cuenta que un gobierno nacional fortalecido podía ser elemento que equilibrara las crecidas prerrogativas de los estados».

De esta manera, dice Hayeck, surgió el gran descubrimiento de lo que Lord Actos más tarde caracterizó así: «El federalismo ha sido la más eficaz, y la más congénita de todas las regulaciones de la democracia.. El sistema federal limita y restringe el poder soberano mediante su división y mediante la asignación de gobierno de ciertos derechos definidos. Es el único método de moderar no sólo a la mayoría sino también el poder de todo el pueblo y proporcionar la fuerza base de una segunda cámara que ha entrañado seguridad esencial para la libertad en todas las genuinas democracias».

En Europa en el sistema alemán, señala Stein, «Es Baviera el único Land que tiene una segunda cámara. Recibe el nombre de Senado». Si bien su composición y su competencias establecidas en el art. 35 y siguientes son un tanto particulares, pues se refiere a una participación corporativa, puede servir de ejemplo.

En nuestro caso resulta obvio que se van a producir conflictos y que el gobierno central está limitado quedando en algunos casos en franca desventaja, suponiendo ello un fortalecimiento de los gobiernos de los Territorios Históricos. La fórmula de las comisiones arbitrales o comisiones mixtas no me parece la técnicamente adecuada, para obtener el necesario equilibrio y un verdadero control de los gobiernos, tanto central como locales. Una supresión de los mismos, y su sustitución por una segunda Cámara lograría una más clara definición del modelo autonómico, y una mayor continuidad a la acción política, además de ser una garantía de equilibrio y de limitación de los poderes de los gobiernos de los Territorios Históricos y del Central.

Lanzo la idea. Me conformo con que se tome nota. Pero me parece que llevar esa idea adelante, puede ser beneficioso para todos, y fundamentalmente clarificador para el ciudadano, que de esta forma podrá ver limitados todos los poderes.

«Los hechos para la ciencia jurídica fundamental del derecho son todas las informaciones nacidas de la ciencia aplicada, y en cierta medida «codificados» por ella. Resulta entonces patente que la aproximación al fenómeno jurídico adoptado en la ciencia aplicada está dotado de consecuencias decisivas. Si las informaciones son únicamente relativas al contenido de las leyes y a la práctica contenciosa, será solamente lo que la ciencia jurídica fundamental recogerá en sus teorías y su función de preparación de los trabajos legislativos y jurisprudenciales dará a ésta instrucción de su campo de investigación, consecuencias de primera importancia». Christian ATIAS: Epistemología jurídica.

«Legalidad y legitimidad sobre los derechos históricos»

«El conocimiento del derecho obra sobre el derecho positivo, pero transforma el derecho que toma como objeto de su esfuerzo. Se coloca, pues en una cierta medida ella misma como objeto».

Christian Atias.

La naturaleza del hecho en la ciencia del derecho

Epistemología jurídica (p. 147)

Introducción

I. Voy a tratar de hacer en esta breve comunicación sobre legalidad, legitimidad y derechos históricos, una aproximación epistemológica al tema propuesto. Como digo se pretende, de manera sencilla y sin más pretensiones que la mera aproximación, el hacer una reflexión epistemológica sobre la situación en la que se encuentra en estos momentos la cuestión o cuestiones que pretenden ser abordadas en estas Jornadas. No se trata de dar una respuesta a lo que se entiende por Derechos Históricos, sino insisto, una reflexión sobre la posible asimetría entre la realidad de los hechos en sí mismos considerados y la realidad del hecho constitucionalizado y consagrado como hecho definitivo no ya sólo por la ciencia jurídica sino también por la ciencia aplicada del derecho.

Más sencillamente, lo que se trata de analizar y sobre lo que se pretende reflexionar, honestamente, es sobre la inadecuación del tratamiento jurídico de que ha sido objeto por parte, primero del constituyente y luego por la ciencia fundamental y por último por la ciencia aplicada el hecho sustancial de los Derechos Históricos. El punto fundamental de la reflexión es el de que el derecho ha consagrado como hecho jurídico real elevándolo a la categoría de realidad jurídica sólo una parte de lo que existe o se entiende que existe en la realidad social. En suma, se ha producido, a mi juicio, una variación, una transformación que ignorando la lógica material y real, se ha convertido en lo que Piaget (1) denomina la lógica formal.

(1) PIAGET, Jean. *Tratado de lógica y conocimiento científico*. Dirigido por Jean Piaget. I. Naturaleza y Métodos de la Epistemología. Ediciones Paidós. Buenos Aires. 1979.

Así resulta, dice este autor, «que mientras que la lógica en Aristóteles creía todavía alcanzar las actividades del sujeto y las propiedades comunes de los objetos, tanto como las estructuras o formas en general, la lógica, sin embargo, ha terminado por especializarse en el estudio de las formas sin ocuparse en establecer cuáles podrían ser sus relaciones con el sujeto o con los objetos reales (físicos). Según esto lo «lógico» es el estudio de las condiciones formales de la verdad. Al estar separadas las «formas» del sujeto y de los objetos de estudio de las condiciones formales de la verdad, se encuentra en una investigación puramente normativa. Esto significa que la verdad formal es una cuestión de pura validez deductiva y no de hecho o de experiencia. Aquí la verdad es una cuestión de simple validez formal que aparece entonces como resultado de la validez de las deducciones en juego y no ya de constataciones de hecho. Esta definición limitativa de la lógica deja subsistir explícitamente un cierto número de problemas fundamentales que no pertenecen ya al dominio de la lógica formal y que hacen necesariamente intervenir de manera sucesiva cuestiones de hecho además de las cuestiones de validez deductiva: son los problemas de la naturaleza general de las relaciones de conocimiento entre sujeto y objeto, los problemas que introduce el sujeto en estas relaciones o que pertenecen al objeto.

Partiendo de estos presupuestos debe decirse que, a mi juicio, en nuestro ordenamiento jurídico, y en lo que se refiere al tema propuesto, de manera clara, se produce el efecto de la lógica formal a la que nos referíamos, mostrándose claramente el efecto reduccionista al que conduce tal posicionamiento metodológico propio de la actual ciencia jurídica nacional y que ha quedado plasmado de manera nítida en la disposición adicional primera de la Constitución, que realiza un tratamiento insuficiente de los que se han llamado derechos históricos. En este sentido esa posición o formulación reduccionista queda de manifiesto a tenor de la simple comparación del texto referido al derecho histórico del pueblo vasco consagrado en la disposición adicional del Estatuto, y con el propio concepto de Fuero, versus Derechos Históricos.

Existe de manera clara una simetría, una falta de sincronía entre uno y otro texto, además de con el concepto general. Bien es verdad que el primero está ubicado en el texto fundamental, en la Constitución y por tanto en pura lógica jurídica formal es de superior rango, refiriéndose como veremos más adelante a instituciones concretas, pero empleando la misma lógica jurídica formal, hay que concluir que el Estatuto, en cuyo texto está contenida la disposición adicional primera, -de formulación más general-, a la que hacíamos referencia, es el desarrollo de la Constitución. En cuanto al último ha quedado desnaturalizado.

Así como parece que la doctrina científica ha entendido y concretado el alcance de la disposición adicional primera de la Constitución, referida exclusivamente a Derechos de los Territorios Históricos, criterio confirmado por el Tribunal Constitucional, sentencias n.º 123/84 de 18 de diciembre (BOE 11 de enero de 1985); sentencia n.º 11/84 de 2 de febrero (BOE de 18 de febrero de 1984), sin embargo ha pasado como sobre ascuas cuando se ha referido a la disposición adicional primera del Estatuto de Autonomía del País Vasco, cuya importancia supera, desde un punto de vista epistemológico jurídico la pura legalidad formal, ignorando el principio fundamental que supone el concepto Derecho Histórico como sistema.

Sobre estos presupuestos entramos de lleno en la cuestión objeto de la comunicación, legalidad, legitimidad y Derechos Históricos, como se ha dicho más como una reflexión que como una tesis propia del autor de esta breve comunicación.

II. Legalidad y legitimidad

«El jurista como tal, no se aísla en su investigación, de la sociedad, tiene en cuenta como punto de partida lo que de hecho es ella, es decir, lo que es su derecho».

Georges Burdeau

Prefacio a la obra de Raymond Carre de Malberg: La loi expression de la volonté generale.

La legalidad es, a primera vista, el carácter de un acto o de un hecho que es conforme a la ley. Es también el conjunto de reglas jurídicas aplicables en un país concreto en un momento concreto. Desde este último punto de vista la legalidad se confunde con el derecho positivo. Es conveniente entonces, cuando se examina la legalidad de un acto, el confrontarlo no solamente con la ley formal, sino también con el conjunto de disposiciones del derecho en vigor concernientes a la actividad donde se obra cualquiera que sean la naturaleza de las reglas en donde está la fuente. Puede decirse que la legalidad forma en alguna medida la estructura jurídica de la sociedad y que al mismo tiempo es la creadora de las obligaciones ya que la legalidad de un comportamiento o de una situación revela su sumisión a las sujeciones incluidas en la regla. Porque si la legalidad obliga, ello conduce necesariamente a interrogarse por un lado sobre su fundamento y, por otro, sobre lo que se entiende por obligación (2).

Ello nos lleva al análisis de la adecuación entre la legalidad y la legitimidad. La legalidad, dice Burdeau, se aprecia por relación al orden jurídico establecido, pero, si no nos conformamos con la quietud que dispensa el positivismo, el espíritu no puede evitar el poner en causa el valor de este orden. Es necesario que el valor de la legalidad de un acto esté fundado sobre un principio que lo justifique. Este principio es el de la legitimidad. En efecto, desde el momento en el que los gobernantes son tenidos por legítimos, las reglas que ellos dictan se benefician de la autoridad que ellos tienen de su legitimidad. La cuestión queda centrada en saber en que condiciones el poder puede ser considerado legítimo (3) y en nuestro caso hasta qué punto la norma consagrada ha asumido el valor implícito en la sociedad.

Como puede observarse, la legitimidad es un carácter que se relaciona al poder. Pero ello no quiere decir que todo poder por el hecho de serlo, sea legítimo. Esta característica le es atribuida por o en relación a una norma. Procede de una comparación entre el poder y un principio normativo indicativo de lo que él debe ser o debe hacer, y como este principio expresa en si mismo un valor está determinado por la subjetividad (4).

Se trata, sin duda, de un valor que no es imperativo mas que si es reconocido como tal por el grupo. Las preferencias individuales declinan ante la elección colectiva (5).

Por lo tanto toda legitimidad es relativa, puesto que ella es tributaria de una serie de factores contingentes (peso de la historia, desarrollo de la evolución de las mentalidades, de las personalidades dirigentes, etc.), donde la acción está condicionada por la sucesión de principios de legitimidad, que, en un país dado, son impuestos por el curso del tiempo. Si se añade que la legitimidad no es indeble, porque un poder que ha sido tenido por legítimo puede dejar de serlo desde el momento que de cara a las exigencias sociales nuevas no sabe aprovecharlas ni asimilarlas, ni servirlos, se comprenderá que la legitimidad no servirá, ella sola, para constituir el fundamento de un orden público estable, máxime cuando su puesta en causa suscita menos a los ciudadanos que a los fanáticos, a los rebeldes o a los indiferentes (6).

(2) BURDEAU Georges. En légalité. Encyclopedia Universalis. Tomo 10, pág. 1.069.

(3) Misma obra.

(4) Misma obra.

(5) Misma obra.

(6) Misma obra.

Normalmente los ciudadanos no se cuestionan en cada momento sobre la legitimidad de los gobernantes, admitiendo implícitamente la tercera de las formas de legitimidad racional, la que está fundada «sobre un sistema de reglas deliberadamente establecidas» que de hecho se identifican con la legalidad (7).

Esta referencia a Max Weber y a su clasificación de las diferentes formas de legitimidad es oportuna, al menos como método de trabajo, para el estudio de la cuestión propuesta, máxime cuando dicha distinción ha sido comúnmente aceptada y es pacífica su referencia en la doctrina científica.

Como se ha dicho antes el término «legitimidad» evoca el fundamento del poder y a la justificación de la obediencia que es debida. Como dice Weber y resume Paul Bastid (8), «el problema ha recibido las soluciones más diversas, desde una interpretación puramente religiosa, es decir, metajurídica, propia de las teocracias, hasta una traducción puramente lógica y racional apoyándose en el origen consensual del poder, pasando por consideraciones de hechos extrajurídicos tales como la antigüedad o la duración».

Si bien, como se ha dicho antes, normalmente la cuestión de la legitimidad no se plantea, sin embargo hay períodos de la historia en los que la cuestión se agudiza: Se discute la autoridad y es necesario encontrarle una explicación.

La cuestión no es nueva. Tuvo su punto álgido en Europa a partir del siglo XVII. Rousseau (9), Tocqueville, Quinet (10), Kant (11), Alain (12), Bertran de Jouvenel (13), Aron (14), Hayek (15), Kelsen (16), Rawls (17), Weber (18), Smith (19), Dworkin (20), Cassirer (21), Santi Roman (22). En el País Vasco con Larramendi (23), y la cuestión no es intrascendente, ni pertenece sólo al círculo de los profesores, sino que tiene una gran proyección política y su consiguiente reflejo jurídico. La V República Francesa, por ejemplo, surge sobre la legitimidad del General de Gaulle y supera la crítica del hoy Presidente de la República vecina (24). En España la reforma política deja tangible la legitimidad anterior, y supera las pretensiones de ruptura (25). La Corona será el símbolo de la continuidad que al propiciar la reforma y Superar los movimientos rupturistas se autolegitima y es refrendada por la votación popular. Tema apasionante y candente éste de la legitimidad y que está presente, siempre, en la mente no ya sólo

(7) Misma obra y MAX WEBER. «El político y el científico». Prólogo de Raymond Aron. Alianza n.º 71. Del mismo autor, «Economía y Sociedad». Fondo de Cultura Económica.

(8) BASTID PAUL. *Encyclopedia Universalis*, Tomo 10. Voz *légitimité*, pág. 1.074.

(9) ROUSSEAU Jacques. *Del contrato social*. Discursos. Alianza Editorial 763.

(10) El antiguo régimen y la revolución. Alianza Editorial. Ver sobre la polémica Tocqueville-Quinet, la revista *Commentaire* n.º 26/1984, el artículo de François Furet.

(11) KANT I. *Filosofía de la Historia*. Editorial Nova. Buenos Aires 1958.

(12) ALAIN. *Les cituyens centre les pouvoirs*. Colección Resources, Ginebra 1979.

(13) BERTRAN DE JOUVENEL. *El poder*. Editorial Nacional. Madrid 1974.

(14) *L'espectateur engagé*. Resumen de los coloquios mantenidos en Antena 2, año 1982-83.

(15) HAYEK F. A. *Fundamentos de la libertad*. Unión Editorial. 1978 Madrid.

(16) KELSEN. *Esencia y Valor de la democracia*. Editora Nacional. S.A. 1980.

(17) RAWLS. *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica. 1979.

(18) Weber. Obra citada.

(19) SCHMITT. *Romanticismo político*. Giuffrè. Milano 1981. Legalidad y legitimidad. Aguilar 1971

(20) DWORKIN RONALD. *Los Derechos en serio*. Ariel Derecho. Barcelona 1984.

(21) El mito del Estado. Fondo de Cultura Económica. 1947.

(22) Lo Stato moderno e la sua crisi. Giuffrè. Milano 1969.

(23) LARRAMENDI MANUEL. *Sobre los Fueros de Guipúzcoa*. Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones, S. A. 1983.

(24) MITTERRAND, F. *Le coup d'Etat permanent*. Union Générale d'editions. Paris 1965.

(25) La reforma política en España es una superación de las pretensiones de ruptura, según se deduce claramente de un análisis de lo que Ortega llama la visión de la espalda de la historia.

del profesor, sino del político, nunca del todo resuelto. Pero no voy a cansar la atención del lector ni pretendo salirme del estrecho margen de una comunicación, que, como he dicho antes, es mas una reflexión.

Mi posición es clara y la he expuesto públicamente varias veces (26). Una teoría de la legitimidad puede dar lugar a consecuencias penosas y no deseables como la rebelión violenta y luchas civiles. Por ello, y manteniendo la necesidad de tener en cuenta el principio de legitimidad, no debe olvidarse que dicho principio debe de partir siempre del respeto a los derechos de la persona humana, individualmente considerada, y como dice Paul Bastid (27) siendo los individuos a la vez la causa eficiente y la causa final de toda organización política, el respeto a la libertad individual debe ser el elemento axiomático de cualquier planteamiento sobre la legitimidad.

Ahora bien, bajando de los principios a la realidad es conveniente recordar aquí lo que decía Raymond Aron (28) sobre la legitimidad: «Max Weber distinguía tres tipos principales de poder que llamaba respectivamente tradicional, racional y carismático. El rey reina en nombre del pasado, el funcionario aplica las normas, el dictador basa su autoridad de las aclamaciones populares, Uno se funda en la costumbre, el otro en la razón y el último sobre los impulsos de la ley o del afecto. Todos los regímenes modernos comportan elementos recibidos de estas tres formas de legitimidad y ellas se diferencian por la manera como los combinan. La mayor parte de las democracias establecidas han integrado el elemento carismático en sus instituciones». Este elemento carismático me parece esencial para entender lo que se ha venido llamando el «Problema Vasco».

III. Derechos históricos

«Tiene que haber algo en los fueros para que hayan arraigado tan honda y largamente en el corazón de los vascos, hasta de los vascos liberales. Para captar esa realidad me he dejado guiar, envolver, y esponjar por la contemplación silenciosa de un monumento: el monumento a los fueros de nuestro Txillida, en la plaza vitoriana que lleva ese nombre. Desde la piedra, y el hierro, Txillida proclama su intención estética y la plasmación estética admirativa de la misma. Hay una obra en su vasta producción que me ha dado la clave interpretativa justa. Se titula «Refugio para el hombre de 1980». Su analogía con el monumento vitoriano me incita pensar que para el artista los Fueros son refugio para el hombre vasco, «nuestro sitio». En una y otra obra el escultor evita cuidadosamente el ángulo recto, límite, perfección, término de un problema. La línea recta es la heterodoxia, la tendencia a la perfección, la provisionalidad. Así y todo, ahí está nuestro refugio, nuestro espacio».

J. Ignacio Tellechea Idigoras

sobre los Fueros de Guipúzcoa del Padre Manuel de Larramendi S. J. Tomo III. Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones S.A. SS. 1983. Prólogo.

A) LA EVOLUCION DE UN CONCEPTO

La opinión más comúnmente extendida incluso entre los hombres dedicados al estudio de la historia del derecho es la de confundir o equiparar Fuero a Instituciones Jurídicas. Esta oposición ha dificultado en cierta medida el conocimiento del concepto de Fuero, adoptando una posición reduccionista que creo, sincera pero humildemente es criticable. Por lo general, incluso por los autores vascos se ha afirmado que los Fueros Vascos están contenidos

(26) En una encuesta realizada por la revista Muga, ya adelanté cuál era mi posición sobre el tema que se propone. Ver Muga. Año 1980, n.º 10, octubre.

(27) Obra citada.

(28) Prólogo a la obra de max Weber sobre el político y el científico. Ya citada. ARON RAYMOND. *Introducción a la philosophie de l'histoire: Essai sur les limites de l'objeivité historique*. Gallimard 1948, pág. 168.

en sus Municipios, Juntas Generales y Diputaciones (29). Con ello se ha trasladado el protagonismo de la dinámica de la historia del País Vasco lejos de sus verdaderos autores, los mismos vascos. Se ha omitido, por ejemplo, el conocimiento, el estudio del cuerpo social contenido en dichas instituciones, como si lo vasco sólo fueran éstas. A esta postura, que como digo, me parece no es científicamente sostenible, hoy se ha sustituido por otra tan acientífica como la anterior, dando el protagonismo de los individuos, de los diferentes grupos, muchas veces enfrentados, que lo componen. Todas estas posturas me parecen historicistas y trataré de huir de estas posiciones holísticas que me parecen excesivamente simplificadoras y que ocultan la realidad de la historia, en suma que esta es realizada por hombres. Bien es verdad, como dice Aron (30) que «los hombres hacen su historia pero ellos no saben la historia que hacen».

De todas formas es necesario reconocer la relatividad de las nociones sin hacer intervenir una lógica nominalista o el método crítico: el equivoco de las consciencias y la diversidad de las apariencias según los niveles, la realidad de todos y la pluralidad de las fuentes denota, la transformación de la perspectiva (31). Desde o en este planteamiento se aborda el análisis de la cuestión.

Desde mi punto de vista el origen de lo que ha sido conocido como Fueros Vascos está íntimamente ligado a la primera y gran revolución social que se produce en la Edad Media, en la Baja Edad Media en lo que se conoce como Reino de Castilla, y está relacionado con la transformación social que desde la cúpula del poder político se va a ir realizando en los siglos XIII a XIV siendo ello uno de los motivos fundamentales del inicio de la formación de una idea común, primero en Castilla y luego en el País Vasco integrada en la corona castellana, transformación social y política que se produce por la introducción de un concepto nuevo y progresista consistente en el arrumbamiento del derecho feudal, basado en prestación de orden personal para ser sustituido por un derecho nuevo por el que los hombres van a ser libres. Esta transformación económica, social y política se produce no sólo en Castilla, y por tanto en el País Vasco, a través de las creaciones de las ciudades dotadas de la carta de libertad de los ciudadanos (32). Ya en otro lugar he estudiado como se produce este fenómeno en el País Vasco y a él me remito (33). Lo cierto es que, y el ejemplo guipuzcoano es sintomático, en dos siglos los hombres de este lugar obtienen la libertad primero a través de los fueros municipales para más tarde en Guipúzcoa en el año 1397 y en Vizcaya y Alava en parecidas fechas (34), obtienen la igualdad ante la ley de todos los habitantes del País Vasco. Esto es una gran revolución, sorprendente en la Edad Media, en la que en otros entornos próximos se sigue manteniendo el derecho feudal.

Precisamente esa conquista social, económica, política y jurídica, es el origen del Fuero que como digo está vinculado o estrechamente ligado a los habitantes del País Vasco. Su formulación institucional es la de la Hidalguía cuya trascendencia supera lo meramente económico y fiscal para enraizarse con el principio de la libertad individual, dentro de los límites que la organización corporativa de la sociedad de la época podía permitir. El fuero, vinculado a

(29) ECHEGARAY-CARMELO. *Compendio de las Instituciones Forales de Guipúzcoa*. Imprenta de la Diputación de Guipúzcoa. San Sebastián 1924.

(30) Obra ya citada en la nota 28. Pág. 168.

(31) Burdeau. Obra citada.

(32) NAVAJAS LAPORTE ALVARO. *Aproximación a la historia de la formación del Derecho Territorial del País Vasco*. Conferencia pronunciada en la Diputación Foral de Guipúzcoa, año 1984. Publicada en la separata de la Sociedad de Estudios Vascos, Cuadernos de Derecho, n.º 1, 1984.

(33) Misma obra.

(34) Misma obra.

los individuos, se constituye como un derecho reconocido frente al poder, frente a cualquier poder. Los hombres se igualan por arriba y expresan y desarrollan su libertad en el pequeño entorno geográfico en el que viven. Precisamente este aspecto del derecho como límite al poder será luego extendido a la comunidad entera a través de las instituciones. El municipio garantiza la libertad de los miembros de la comunidad frente a todo poder, y para su mejor defensa se une a otros municipios, constituyendo la institución comunitaria en unos casos la Provincia, en otros el Señorío con sus particulares instituciones (35).

La historia posterior demuestra como las instituciones serán sobre todo un freno al poder absoluto del monarca. En términos generales Maraval ha estudiado el carácter relativo de la monarquía absoluta cuyo poder se encuentra limitado ante la presencia de cuerpos intermedios entre el monarca y los ciudadanos. Sirve la idea para explicar el sentido de las Instituciones que adquieren un enorme protagonismo frente al absolutismo real.

El tiempo y la historia también nos mostrarán la ambivalencia de las instituciones (36) que pierden el sentido originario del objetivo para el que fueron creadas constituyéndose en fines en sí mismos en vez de en medios para el fin y por el que nacieron. Surge entonces la confusión de Fueros con Instituciones Jurídicas Vascas, imbuídos de un elemento carismático que todavía perdura.

Sin embargo y como veremos ahora, la cuestión no está cerrada. Frente a ese elemento carismático que se encuentra en las instituciones y que dio origen a toda una dinámica que termina con su constitucionalización en la disposición adicional primera de la Constitución, surge otro elemento carismático recogido en la disposición adicional primera del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, que creo debe tenerse en cuenta si se quiere abordar la cuestión vasca desde la perspectiva del conocimiento de la realidad, por muy dura y extraña que ésta parezca.

Una y otra revelan dos proyecciones distintas de organización política, la primera establece el protagonismo del proceso histórico en las instituciones forales, y la segunda revela el proyecto de construcción de una nación, o al menos el intento de establecer las bases para su formación, al tratar de restar protagonismo a las instituciones forales y dársele a lo que se conoce como instituciones comunes de la Comunidad Autónoma Vasca. Este y no otro ha sido el núcleo esencial de las horas dramáticas que se han vivido recientemente en el País Vasco y que ha supuesto el relevo del lehendakari de la Comunidad Autónoma,

Se produce, por tanto, una asimetría entre lo establecido en la disposición adicional primera de la Constitución y lo establecido en la disposición adicional primera del Estatuto, a los que más adelante nos referiremos.

Mientras por una parte se entiende que la legitimidad se encuentra en las instituciones forales, por razones de la historia, por otra parte se mantiene que esa legitimidad ha sido superada y ha surgido una nueva, el pueblo vasco es una nación, y la legitimidad se encuentra en la misma, debiendo ser ella el protagonista de la historia con el derecho a recomponerla y a asumir el protagonismo que le corresponda. En suma, que el derecho histórico es la culminación de la construcción de la nación vasca, que se ejercerá a través del derecho de autodeterminación, que no implica necesariamente el derecho a la independencia. El ejemplo del

(35) Misma obra v del mismo autor *Aproximación a la Historia de las Instituciones Jurídicas Guipuzcoanas, Siglo XII á XVIII*. Boletín de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País. Año 1982.

(36) POPPER K. R. *Conjetura y Reputaciones. El desarrollo del conocimiento científico*. Paidós 1983. Trata sobre lo que se llama la ambivalencia de las instituciones, es decir que surgen para un fin y se desvían del fin propuesto, constituyéndose en un fin en sí mismo.

estado de Baviera, ha sido utilizado como justificación de que tal ejercicio no supone una ruptura de la unidad de la nación española (37).

Pero hay un concepto distinto, ajeno a una y otra posición, que supone que la traducción real de lo que el vasco ha entendido por Derecho Histórico y que paso a exponer.

B) UNA ACLARACION NECESARIA. EL SENTIDO DE LA LEY EN EL SISTEMA DEL FUERO

«...habiéndose gobernado hasta entonces por sus buenos usos y costumbres antiguas en lo meramente político, sin necesitar de leyes escritas, con la experiencia de ser más eficaz en sus pueblos la persuasión blanda y suave de la costumbre, que la dura amenaza de las leyes y de ser siempre más bien recibidas las que en largo tiempo introdujo la costumbre y conservó la práctica, teniendo de su parte la aprobación de todo el pueblo...».

Proemio de la nueva recopilación de los fueros, privilegios, buenos usos y costumbres, leyes y órdenes de la M.N. y M.L. Provincia de Guipúzcoa.

Reimpresión de 28 de noviembre de 1918. Imprenta de la provincia 1919.

Es opinión común la incompatibilidad entre Fuero y Constitución. Sin embargo, mi tesis parte del presupuesto de que la incompatibilidad está centrada o tiene su origen anterior al sistema constitucional. El enfrentamiento o la causa foral es anterior al nacimiento del sistema constitucional. Mi opinión personal, que trataré de esbozar aquí, es que esa incompatibilidad, incluso la manifiesta con antelación al nacimiento del sistema constitucional, se produce por la pertenencia original del fuero a un sistema jurídico distinto al que sirve para estructurar la nación española, oposición de sistemas que no ha sido exclusivo del País Vasco, sino que se manifestó de forma muy temprana a lo largo y a lo ancho de la Vieja Castilla, de la Castilla nuclear.

La estructuración nacional, la configuración de la nación a través de la unidad jurídica con la paulatina introducción del Derecho Romano de la recepción, ante el primer fracaso sufrido por el poder real, al no lograr dar el carácter de derecho general nacional al Fuero Real y a las Partidas, es una obra lenta pero meditada, que se ha ido produciendo a lo largo de varios siglos. Mientras el resto del territorio nacional asume, no sin dificultad, ésta recepción o ésta introducción del derecho romano de la recepción, llevado de la mano por la política real, en el País Vasco la resistencia es mayor. No hay que olvidar que si en el plano político, la unidad nacional se va consolidando lentamente y la unificación legislativa conseguida incluso de manera traumática en el orden político, esa unificación no se ha terminado de lograr en el orden del derecho civil. Todavía, aunque prácticamente terminado a girones, sobreviven en el territorio nacional derechos civiles que se quiera o no reconocer, pertenecen a un sistema jurídico distinto que el del derecho romano de la recepción.

Pues si eso ha ocurrido en el plano del derecho civil, en el orden político se produce idéntica situación respecto del Fuero. El Fuero Vasco pertenece a otro sistema jurídico que el general o común del resto de la nación.

Creo que es un error el confundir o identificar el Fuero con el conjunto de normas que aparecen recogidas en las diferentes recopilaciones forales vascas. Estas normas, la mayor parte de ellas de origen foráneo al vasco, son los restos del entramado de un sistema propio, que, por otra parte, ante la supeditación de los órganos de producción del derecho a la es-

(37) En cuanto al Estado de Baviera. El Estatuto de Baviera, su artículo 178 establece: Baviera se adherirá a un futuro estado federal democrático alemán. Este debe basarse en una unión libre de todos los estados alemanes individuales, para asegurar la vida propia de los derechos estatales.

estructura de otro sistema quedan anquilosados. Pero si las normas no producen su objeto de adecuación a las nuevas exigencias del cuerpo social, en éste queda, sobrevive el sentido del propio sistema, lo que se conoce como el espíritu que aquí podemos decir el espíritu del sistema foral. La superposición del sistema real y luego mayoritariamente nacional, al sistema foral, desnaturaliza este. Sin embargo hay que preguntarse el por qué sobrevive en el hombre vasco, el apego al Fuero. No es ello una cuestión valadí, ni exclusiva del historiador del derecho o del estudioso del derecho político, sino también habrá que buscar la colaboración del antropólogo, del sociólogo, etc... para tratar de hallar una respuesta. El hecho de que la cuestión se haya enconado y trascienda los límites de lo racional para convertirse en un mito es una cuestión que aquí no se puede abordar. Pero es lo cierto que el Fuero para muchos vascos ha llegado a convertirse en un mito, en el que está integrado como elemento legitimador, el elemento carismático.

La comprensión del Fuero como sistema, su identificación con el originario sistema nacional, o por mejor decirlo con el sistema propio de la Vieja Castilla Nuclear, la razón y la forma como se produce primero el desplazamiento del viejo sistema por el nuevo, y después los efectos que se producen en el orden jurídico, no sólo civil, sino político, con la vivencia de dos diferentes sistemas superpuestos, son cuestiones que he tratado en otro lugar, a los que, dada la naturaleza de esta comunicación me remito (38).

¿Cuáles son estos dos diferentes sistemas?: Partiendo del presupuesto o de la pre-sunción de que el poder legal es el poder legítimo, hay que preguntarse de dónde viene esa validez de la ley. Según Burdeau (39) en este punto hay dos explicaciones posibles en el mundo occidental: Una, toma como punto de referencia la ley, y es la que traduce el principio de legalidad entendido en su acepción francesa. La otra pone en causa el contenido de la ley y es lo que expresa la fórmula anglosajona de la rule of law, y, continúa este autor diciendo (40), «el principio de la legalidad nace directamente de la concepción romana: *lex est quod populus juret adque constituit*, definición que en la terminología revolucionaria era: la ley es la expresión de la voluntad general. La legalidad no es así formal mas que en apariencia, porque a través del autor de la ley, el contenido de ella es decisivo. Si ello es verdaderamente, directamente o por representación, la obra del pueblo, no tiene el riesgo de ser arbitraria. Porque lo que busca el principio de legalidad es la garantía de que la ley sea igual para todos, Seguramente ella puede ser dura, incluso peligrosa para las libertades, poco importa con tal que ella sea igual. Por mucho que el legislador se encargue de poner en riesgo la independencia de los hombres, ellos están satisfechos (Tocqueville. De la democracia an América). En apoyo del principio de legalidad se encuentra así la vinculación a la igualdad que, según la mentalidad latina prima sobre el de la libertad» (41).

«La rule of law», por el contrario, se impone en razón del hecho de que ella es concebida como la condición de la libertad inseparable de la dignidad humana. La rule of law, es irreductible al concepto latino de legalidad y ello no es el reino de la ley, es el reino del derecho. Porque este derecho es aquel que a todo lo largo de la Common law está formado como un sistema de garantías de las libertades inglesas. Es, en la medida en la que el respeto a estas

(38) NAVAJAS LAPORTE, ALVARO. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa* de Ediciones y Publicaciones. 1975, San Sebastián. He mantenido la tesis de que el derecho consuetudinario guipuzcoano fue desplazado paulatinamente por el derecho escrito y más erudito de la recepción.

(39) Burdeau. Obra citada.

(40) Burdeau. Obra citada

(41) Burdeau. Obra citada.

reglas escritas o no escritas, que el poder puede ser tenido por legal, puesto que es en este sentido que él será un government under law (42).

En el sistema anglosajón y en concreto para Rawls, justicia y libertad no son dos exigencias en concurrencia para la política. Se trata más bien de dos conceptos, de entrada distintos metodológicamente. Mientras la justicia es un concepto político-moral, la libertad es aquí un concepto trascendental, mediante el cual la justicia recibe su precisión y su fundamento: la justicia está pensada en concepto de libertad y la libertad de un orden político se realiza en la justicia (43).

El sistema jurídico foral está apegado al viejo sistema nacional, más parecido al sistema anglosajón que al sistema del derecho romano de la recepción, consagrado en el continente en su nueva versión por la Revolución Francesa. En su última manifestación, cuando ha sido plasmado en los textos forales, ha sufrido ya la supresión de su estructura por el nuevo sistema impuesto por la monarquía absoluta primera, que utiliza el derecho romano de la recepción para el logro de la unidad jurídica nacional, y luego por la consagración del sistema francés a través de los sistemas constitucionales.

No hay que olvidar que el sistema foral se encuentra fuertemente apegado al derecho natural y su configuración doctrinal responde a la elaboración realizada por los escolásticos españoles del siglo XVII (44).

Unas palabras de Hayeck pueden ilustrar lo que pretendo expresar en las líneas anteriores:

«Fue Inglaterra el único país que logró conservar la tradición medieval, y sobre las viejas «libertades», pudo elaborar el moderno concepto de libertad bajo la ley. Se debía en parte esta excepción al hecho de que el país escapara a la masiva influencia del derecho romano tardío y se mantuviera por ello ajeno al concepto de ley como creación del gobernante; pero seguramente influyó en mayor medida la circunstancia de que los juristas de la Common law hubieran desarrollado ideas algo semejantes, a las tradiciones ius naturalistas, aunque sin incurrir en la equívoca terminología de dicha escuela. No obstante en el siglo XVI y principios del XVII, la estructura política inglesa no era todavía fundamentalmente diferente de la de los países continentales y nadie podía predecir si iba o no a desarrollarse en dicho país una monarquía absoluta, altamente centralizada, cual sucedió en éstos últimos. Lo que evitó que ello ocurriera fue el profundo arraigo de aquella tradición que no concebía la Common law como producto de la voluntad de nadie, sino más bien como barrera limitadora de cualquier poder, traducción que Edward Coke defendió frente a Jacobo I, y Francis Bacon y que Matthew Hale reafirmó magistralmente a finales del siglo XVII al enfrentarse a Tomas Halles (45).

Y más adelante este autor que seguimos dice: «De modo que esa libertad de los británicos que en siglo XVIII llegó a ser la admiración del resto de Europa no fue originalmente como los propios británicos creyeron y más tarde Montesquieu enseñara al mundo, producto de la separación entre el poder legislativo y el ejecutivo, sino resultado de que las decisiones de los tribunales se inspiraran en la Common law, un derecho existente aparte de cualquier voluntad y que a la par que vinculante para unos tribunales independientes, era desarrollado por ellos; un dere-

(42) Burdeau. Obra citada.

Ver ROSCOE POUND. *Lo spirito della Common Law*. Giuffrè, Milan 1970

Sobre la crítica de la teoría de la justicia de Rawls, vease *Introduzione critica a la teoria de la giustizia de Rawls*. por Otrid Höffe. en *Revista Internazionale de Filosofia del Directo*. Ottobre-dicembre, IV, Serie LXI. 1984, n.º 4, Giuffrè Editore, pág. 603 y siguientes. HAYECK F. A. *Derecho, legislación y libertad*. Unión Editorial. Tomo I, normas y orden, Madrid 1978, pág. 135 y siguientes.

(43) Ver las obras citadas en la nota 42.

(44) HAYECK. *Fundamentos de la libertad*. Obra citada.

(45) Hayeck. Obra citada.

cho en el que el Parlamento rara vez se entrometía, si no era para aclarar algún punto del corpus legal preexistente. Puede incluso decirse que en Inglaterra se había desarrollado una especie de separación de poderes, no porque tan solo el «legislador» hiciera las leyes, sino porque no las hacía; porque la ley era determinada por tribunales independientes del poder que organizaba y dirigía el gobierno, de ese poder equivocadamente denominado «legislativo» (46).

Con la sencillez que me da la convicción de conocer el haber realizado durante muchos años trabajo de campo a lo largo y a lo ancho de la provincia de Guipúzcoa, me atrevo a sugerir que se debía prestar alguna atención a las líneas precedentes y si logro pues, al menos, tengan alguna consideración, creo que se podría adelantar algo para la comprensión del problema planteado.

De todas formas un simple ejemplo puede servir de ilustración. Como dice Bertrand Russell, prologando a Wittgenstein (47), una lengua posee reglas de sintaxis que previene el no sentido y poseen símbolos simples que tienen siempre una significación única y determinada. En la lengua vasca, el derecho objetivo es expresado con el término *zuzenbidea*, el camino recto, el derecho subjetivo con el término *esku bidea*, el camino de la mano, y la justicia, que es aquí fundamental analizar, con el término *Epaildu*, siendo el juez conocido como *Epailari*, que quiere decir lo primero templar, y al referirse al segundo, el que temple, el que busca la paz entre las partes. Su misión, la misión del juez por tanto, no es como en el derecho continental aplicar taxativamente la ley sino templar el rigor de la misma, buscando la paz social, la paz entre las partes, concepto eminentemente medieval que ha sobrevivido hasta nuestros días en la lengua vasca, y que se encuentra en la raíz misma de lo que el Pueblo Vasco entiende por ley y derecho.

Por eso en el proemio del cuaderno final de Guipúzcoa se dice:

«Común opinión es que las leyes han de ser pocas, claras, breves y justas para el buen gobierno... habiéndose gobernado hasta entonces por sus buenos usos y costumbres antiguas, en lo meramente político, sin necesitar leyes escritas, con la experiencia de ser más eficaz en sus pueblos, la persuasión blanda y suave de la costumbre que la dura amenaza de las leyes y de ser siempre más bien recibidas las que en el largo tiempo introdujo la costumbre y conservó la práctica, teniendo de su parte la aprobación de todo el pueblo».

Por eso, reclamo con respeto, se profundice menos en las instituciones, y más en el sentido de lo que este pequeño país entiende por derecho. No sólo es su lengua, un patrimonio nacional, sino también su derecho, no lo que queda de él, plasmado en lo que hoy se reconocen por derechos históricos, sino lo que es entendido que debe ser el derecho y como se debe crear, lo que nos pertenece a todos los españoles. Es quizá un pequeño ejemplo de supervivencia de nuestro propio ser nacional, la raíz misma de nuestro espíritu el de la libertad individual, frente a la omnipotencia del poder.

IV. derechos históricos de los territorios forales del marco de la constitución y del estatuto

«3.3. La proposición sólo tiene un sentido; y no es más que en el contexto de una proposición que un nombre tiene una significación.

Wittgenstein

Tractatus logico-philosophicus.

Salvo en el área de la acción política, y concretamente de determinados grupos políticos, hoy parece pacíficamente aceptada por la doctrina la naturaleza jurídico política que desde su formación, en la Baja Edad Media, hasta la práctica desaparición de los regímenes forales vascos tuvieron éstos.

(46) Hayeck. Obra citada.

(47) *Tractatus logico-philosophicus*. Ideas. Gallimard. n.º 264. Año 1961. Prólogo de Bertrand Russell.

Si bien no se debe trasladar fuera del tiempo objeto del estudio, conceptos ajenos al mismo, cabe señalar que, como digo, está pacíficamente admitida que los regímenes forales vascos no comportaron un poder soberano en el sentido actual, sino un poder de amplia autonomía, determinado principalmente por la falta de organización y estructura unitaria del Estado, y dirigidas especialmente a constituirse como baluarte frente al absolutismo real (47).

Si bien en siglos anteriores fueron las Juntas Generales el poder delegado que ejercitaba la acción política administrativa de los que eran titulares los Ayuntamientos o municipios, a partir del siglo XVIII será la Diputación Foral la que vaya asumiendo ese protagonismo (48).

Sin más preámbulos, tal y como aparece consagrada la norma constitucional, ha venido a consolidar el papel de la Diputación Foral. En la práctica esta afirmación resulta una evidencia, frente al poder de los municipios (49).

Diputaciones y Municipios quedan formalmente configurados de manera especial en el orden político administrativo, en cuanto que la Constitución les otorga el reconocimiento de un status particular. Si el art. 137 de la Constitución consagra la garantía institucional de la provincia y de los municipios, hay 'que entender que esta garantía es de contenido material mayor para los Territorios Históricos, en cuanto que se consagra su carácter foral, que se constitucionaliza. El tema ya ha sido estudiado por Tomás Ramón Fernández (50), y en este sentido y desde ese punto de vista, aunque entiendo algo reduccionista de la naturaleza jurídica de lo que es el derecho histórico, remitido a las instituciones, coincido en su interpretación del texto fundamental, si bien discrepo de su postura respecto a la disposición adicional del Estatuto.

La cuestión, sin embargo se complica, cuando se traslada su interpretación auténtica desde el punto de vista del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (51). Aunque el texto estatutario parece haber sido redactado con la suficiente ambigüedad para hacer posible varias interpretaciones, dejándose para el desarrollo posterior su plasmación normativa, —tal y como es la Ley de Territorios Históricos—, hay una cuestión que no puede ser silenciada al menos en estas Jornadas y es la que plantea la disposición adicional primera del Estatuto, que lleva implícita una enorme carga política.

Frente a la interpretación lógica a la que se llega de la lectura de la disposición adicional primera de la Constitución que prima o establece su peso en el respeto a los derechos de los territorios forales, se levanta la disposición adicional primera del Estatuto que contiene una desnaturalización de la garantía institucional de aquélla en favor de las instituciones comunes.

Dicho más llanamente. Cada uno de ellos expresa un diverso proyecto político. Cuando hablamos del respeto a los Territorios Históricos, nos referimos a la garantía institucional de éstos y por tanto se está dando el peso de la acción política administrativa a los mismos en su triple función, como institución propiamente foral, como institución propiamente de la Comunidad Autónoma y como institución propia del Estado.

(47) bis. MARAVALL JOSÉ ANTONIO. *El concepto de España en la Edad Media*. Madrid 1964.

(48) Ver FERNANDEZ ALBADALEJO, PABLO. *La crisis del antiguo régimen en Guipúzcoa 1766-1833. Cambio económico e historia*. Akal Editor. Madrid 1975.

Mi trabajo antes citado sobre la Aproximación a Instituciones Jurídicas Guipuzcoanas.

(49) La Ley de Territorios Históricos, consagra la primacía de las Diputaciones Forales y de las instituciones comunes obviando incluir dentro del poder foral a los municipios, mostrándose una clara tendencia a un sistema tutelar de los municipios, parecido al sistema navarro, en clara contradicción con lo que se ha entendido en el País por sistema foral, en cuanto que éste residía fundamentalmente en los municipios, como institución básica. Ver obra citada en la nota 29.

(50) TOMAS RAMON FERNANDEZ. *Los Derechos históricos de los Territorios Forales*. Civitas. Madrid 1985.

(51) Ver y comparar la disposición adicional primera de la Constitución y la disposición adicional primera del Estatuto. CRUZ MARTINEZ ESTERUELAS. FERNANDO DIEZ MONTERO. JOSÉ SERNA MASIA. *Estudios sobre el Estatuto Vasco*. Madrid 1980. pág. 31.

Cuando procedemos a la interpretación de la disposición adicional primera del Estatuto estamos viendo que en ella subyace de manera clara un proyecto político determinado, el de la construcción de la estructuración centralizada para la formación de la nación vasca. Así de claro.

No hay que olvidar que esa disposición adicional primera del Estatuto fue introducida por Euzkadiko Ezkerra, como superadora de lo que se entendió provincialismo, en beneficio de lo que aquí ciertos grupos políticos entienden la construcción nacional (52).

Simplemente pongo sobre la mesa la cuestión y mantengo que dicha disposición adicional primera del Estatuto no debe ni puede pasar inadvertida si se quiere obtener un desarrollo armónico de la vida política del País Vasco o al menos tener conocimiento de lo que subyace en él.

Puede ser interpretada como una cláusula de reserva, pero no debe olvidarse que el componente nacionalista del País Vasco tiene un gran peso específico y el ignorarlo y por tanto ignorar la advertencia que esa disposición adicional lleva implícita, sería una clara muestra de ceguera política. Dicha disposición adicional y lo que ella contiene es no ya sólo un hecho que debe ser objeto de análisis para el jurista, sino que ha pasado a ser derecho. Puede ser entendido como una mera manifestación testimonial, pero es una realidad que además tiene su apoyatura en un amplio sector de la sociedad vasca.

Conviene aquí recordar la advertencia que hiciera Raymond Aron, en los coloquios de Berlín sobre la democracia a prueba en el siglo XX: «si los partidos extremistas reclutan millones de.. Cuando los gobernantes deben elegir entre políticas incompatibles y cuando las minorías importantes están dispuestas a competir más que a someterse a la ley de la mayoría el régimen está en peligro. Los Estados Unidos, han hecho esa experiencia, en el momento de la Guerra de Secesión, Francia ha estado en el momento de hacerla misma experiencia, a propósito del asunto de Argelia» (53).

Se plantea aquí una vez más el difícil problema de la legitimidad. Insisto, que cualquiera que sea la solución que se propugne para que la misma sea legítima, debe de interpretarse sobre la base de garantizar siempre y en todo caso las libertades individuales. Porque como dice Plás, lo que realmente importa, es la libertad individual (54). Para sojuzgar y dominar el mito, en el que parecen pretenden convertirse hoy y aquí, nuevamente lo que en la Constitución se ha entendido por Derechos Históricos, es necesario el que desarrollemos plenamente nuestras fuerzas intelectuales y éticas. Sólo así el mito será domado y las libertades individuales garantizadas. Pero como dice Cassirer (55), «cuando las fuerzas intelectuales, éticas y artísticas empiezan a perder su energía, el caos se presenta nuevamente. Entonces el pensamiento mítico empieza nuevamente a erigirse y a inundar toda la vida social y cultural del hombre».

Termino mi reflexión expresando una grave preocupación. En la construcción que se está realizando de la estructura jurídico política del País Vasco, se está primando el protagonismo, la omnipresencia y omnipotencia de ciertas instituciones, que se están dotando de un poder asfixiante. Territorios Históricos, Diputaciones, Municipios, están adquiriendo el valor del mito. Es necesario que los ciudadanos realicemos el esfuerzo necesario para dominar y sujetarlo, recuperando la esencia misma del derecho histórico del ciudadano vasco.

(52) Herria Zutik, 1978ko apirila/eia-ren propaganda aldizkaria 3. La Constitución EZ. Este trabajo contiene un análisis del proyecto a la Constitución y de las enmiendas de Euzkadiko Ezkerra. En los trabajos parlamentarios sobre el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, Euzkadiko Ezkerra introduce la disposición adicional primera del Estatuto.

(53) Colloques de Berlin. la democratie à l'épreuve du XX siècle. Raymond Aron, François Bondy, Georgen Kennon, Herbert Lüthy, Jayapraksh Narayan, Arthur Schlesinger Jr. Carl Schmid, et autre. Calammnn-Livv. Libérté de l'esprit. París 1960, pág. 17.

(54) Viaje a pie. Confederación Española de Gremios y asociaciones de Libreros. Madrid 1979.

(55) El mito del Estado. Obra citada. Ver nota n.º 20.